

# **INTERNASJONAL BARNEBORTFØRING**

Særlig om Haagkonvensjonen 25. oktober 1980

Kandidatnr: 330

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17.956 ord

Dato 23. april 2003

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	OPPGAVENS TEMA.....	1
1.2	DEN VIDERE FREMSTILLING .....	2
1.3	RETTSKILDER / JURIDISK METODE .....	2
1.4	AVGRENSNINGER.....	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>DOMSTOLENES JURISDIKSJON, LOVVALG, ANERKJENNELSE OG FULLBYRDELSE .....</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	JURISDIKSJON.....	6
2.2	LOVVALG .....	8
2.3	ANERKJENNELSE OG FULLBYRDELSE .....	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>HAAG-KONVENSJONEN.....</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	INNLEDNING.....	13
3.2	FORHOLDET MELLOM EUROPARÅDSKONVENSJONEN OG HAAGKONVENSJONEN .....	13
3.3	GJENNOMFØRING AV KONVENSJONENE I BARNEBORTFØRINGSLOVEN .....	14
<b><u>4</u></b>	<b><u>HAAG-KONVENSJONENS HOVEDREGLER.....</u></b>	<b><u>17</u></b>
4.1	ABSOLUTTE VILKÅR.....	17
4.1.1	KONVENSJONSTAT OG IKRAFTTREDELSE .....	17
4.1.2	ULOVLIG BORTFØRING ELLER TILBAKEHOLDELSE .....	18
4.1.2.1	Handlingene som rammes .....	18
4.1.2.2	Foreldreansvaret .....	19
4.1.3	BARN SOM BESKYTTES AV KONVENSJONEN .....	23
4.1.3.1	Alder.....	24
4.1.3.2	Bosted.....	24
4.2	DEN PRAKTISKE FREMGANGSMÅTE FOR GJENVÆRENDE FORELDER.....	26

<b>5</b>	<b><u>HAAG-KONVENSJONENS UNNTAKSBESTEMMELSER .....</u></b>	<b><u>27</u></b>
<b>5.1</b>	<b>OVERSIKT OVER UNNTAKSBESTEMMELSENE .....</b>	<b>27</b>
5.1.1	MER ENN 1 ÅR ER GÅTT OG BARNET HAR FÅTT MILJØMESSIG TILKNYTNING .....	29
5.1.2	FORELDREANSVARET FAKTISK IKKE UTØVET .....	31
5.1.3	SAMTYKKE.....	32
5.1.4	ALVORLIG RISIKO FOR Å PÅFØRE BARNET FYSISK ELLER PSYKISK SKADE.....	36
5.1.5	ANNEN SITUASJON SOM IKKE KAN GODTAS.....	39
5.1.6	BARNETS MENING .....	40
5.1.7	TILBAKELEVERING ER I STRID MED GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER I MOTTAKERSTATEN – ART. 20.....	44
<b>5.2</b>	<b>SÆRLIG OM RETTSPRAKSIS ETTER HAAGKONVENSJONEN ART. 13 (1) LITRA B), JFR. BARNEBORTFØRINGSLOVEN § 12 LITRA B) .....</b>	<b>44</b>
5.2.1	ALVORLIG RISIKO .....	44
5.2.2	FYSISK ELLER PSYKISK SKADE .....	46
5.2.3	ANNEN SITUASJON SOM IKKE KAN GODTAS.....	49
<b>5.3</b>	<b>SAMMENFATNING OM NORSK OG ENGELSK RETTSPRAKSIS .....</b>	<b>51</b>
<b>6</b>	<b><u>SAKER ETTER HAAGKONVENSJONEN PRØVET I FORHOLD TIL DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON .....</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>7</b>	<b><u>DISKUSJONEN OM BARNETS BESTE-VURDERINGEN ETTER HAAGKONVENSJONEN.....</u></b>	<b><u>54</u></b>
7.1	TAR KONVENSJONEN TILSTREKKELIG HENSYN TIL BARNETS BESTE? .....	54
	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>58</u></b>
	<b><u>DOMSREGISTER.....</u></b>	<b><u>61</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Tema for avhandlingen er internasjonal barnebortføring. Haagkonvensjonen gjelder direkte for saksfeltet og kommer til anvendelse hvor det har skjedd en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse av barn over landegrensene. Ulovlig bortføring foreligger dersom den strider mot retten til foreldreansvar etter loven i den stat hvor barnet hadde sitt bosted umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen.

Barnebortføringssakene blir stadig flere. Dette skyldes blant annet de økende internasjonale sambo-og ekteskapsforhold hvor mor og far har tilknytning til mer enn ett land. Verden er blitt mindre og flere finner sammen på tvers av landegrensene. Dette representerer i de fleste tilfeller ingen problemer, men i de tilfellene en av partene tar med seg barn ut av landet mot den annen parts vilje oppstår en problemfylt og vanskelig situasjon. På visse vilkår vil i disse sakene Haagkonvensjonen komme til anvendelse. Dette er en multilateral avtale inngått for å søke å hindre ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse og som skal komme til anvendelse når så har skjedd.

Etter norsk og andre lands rett anerkjennes eller fullbyrdes ikke utenlandske avgjørelser om foreldreansvar og samværsrett med mindre det er hjemmel for det i en internasjonal bindende avtale eller særskilt lovbestemmelse.<sup>1</sup> Internasjonalt bindende avtaler var derfor den eneste vei å gå for å bekjempe internasjonale barnebortføringer.

Norge har ratifisert to konvensjoner på dette området, Europarådkonvensjonen av 20. mai 1980 og Haagkonvensjonen av 25. oktober 1980. Konvensjonene er gjennomført i norsk rett ved lov av 8. juli 1988 nr. 72 (barnebortføringsloven) og gjelder som norsk lov. Europakonvensjonen, gjeldende for medlemsstatene i Europarådet, angår gyldighet (anerkjennelse) og fullbyrding av utenlandske avgjørelser, mens Haagkonvensjonen, som er verdensomspennende, regulerer situasjonen når en faktisk tilstand er endret ved at barnet ulovlig er tatt ut eller holdt tilbake fra et land. Formålet er å gjenopprette den tidligere

---

<sup>1</sup> Smith s. 147.

tilstanden. De fleste saker som tas opp i praksis, er knyttet til de spørsmålene Haagkonvensjonen omhandler.

## 1.2 Den videre fremstilling

Jeg skal i det følgende å ta for meg Haagkonvensjonens regler. Som bakgrunn for behandlingen gjennomgås den nordiske familierettskonvensjon, Europarådkonvensjonen og barnebortføringsloven. Hovedformålet er å kartlegge gjeldende norsk rett samt at jeg vil trekke inn engelsk rettspraksis. Det blir kort behandlet avgjørelser etter Haagkonvensjonen som er påklaget etter Den europeiske menneskerettskonvensjon. Deretter vil en pågående diskusjon om det etter Haagkonvensjonen ikke blir tatt tilstrekkelig hensyn til barnets beste bli tatt opp.

## 1.3 Rettskilder / juridisk metode

Følgende rettskilder blir nærmere behandlet i oppgaven:

Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske rettsavgjørelser om foreldreansvar m.v. og om tilbakelevering av barn av 8. juli 1988 nr. 72. (barnebortføringsloven), Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (barneloven), Lov om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettens område av 10. juni 1977 nr. 71 (1977-loven).

Den nordiske familierettskonvensjon,<sup>2</sup> Europarådkonvensjonen og Haagkonvensjonen.

Forarbeidene til barnebortføringsloven, Ot. prp. nr. 52 (1987-88), Rundskrivet<sup>3</sup> og Pérez-Vera-rapporten<sup>4</sup> er viktige rettskilder.

---

<sup>2</sup> Den nordiske familierettslige konvensjon av 6. februar 1931; Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll.

<sup>3</sup> Justisdepartementets Rundskriv G-136/91.

<sup>4</sup> Publikasjon fra Haag-konferansen om internasjonal privatrett, den 14. sesjon. Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, Madrid, april 1981.

Jeg har særlig lagt til grunn følgende litteratur: Kvisberg, Internasjonal Barnebortføring, Smith og Lødrup, Barn og Foreldre, Thue, Internasjonal privatrett, Backer, Barneloven, Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on international child abduction, Sandra Davis, International child abduction.

Barnebortføringssakene er regulert i barnebortføringsloven. Loven bygger på to konvensjoner; Europeisk konvensjon av 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar (Europarådkonvensjonen) og Konvensjon av 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring (Haagkonvensjonen).

Da 73 stater er bundet av konvensjonen, vil det medføre omfattende arbeid å gjennomgå alle staters rettspraksis.<sup>5</sup> Jeg velger derfor å avgrense rettspraksis til norsk og engelsk rett. Rettsområdet inneholder i stor grad skjønnspregede regler og dette kan føre til ulik rettspraksis i de enkelte land. Jeg ønsker derfor å legge til grunn et bredere saksmateriale, for nærmere å belyse anvendelsen av Haagkonvensjonens regler. Rettsenhet er et viktig formål ved praktiseringen av Haagkonvensjonen (og folkerett generelt).<sup>6</sup> Jeg har valgt engelsk rettspraksis fordi et omfattende domsmateriale viser at rettsstilstanden her er godt utviklet, og erfaringsmateriale herfra er nyttig veiledning. Engelsk rett har riktignok en noe annen tradisjon enn norsk rett, men i forhold til Haagkonvensjonen synes den sammenlignbar.

Den juridiske metode kommer til anvendelse også ved tolking av konvensjoner. Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 art. 31-34 følger langt på vei de prinsipper vi i norsk rettskildelære kjenner som tolkning av lover.<sup>7</sup> Ordlyden er utgangspunktet, men dersom denne er uklar eller tvetydig, kan støtte søkes i andre rettskildefaktorer. Traktatens ord skal leses ut fra den naturlige språklige betydning og på

---

<sup>5</sup> Stater som har ratifisert Haagkonvensjonen pr. 4. februar 2003.

<sup>6</sup> Dette er bl.a. søkt fremmet ved at Haagkonferansen for internasjonal privatrett har opprettet en egen database (INCADAT) for rettspraksis etter Haagkonvensjonen. Her finnes oppdatert rettspraksis fra alle konvensjonsstatene.

<sup>7</sup> Aall s. 847.

bakgrunn av traktatens gjenstand og formål.<sup>8</sup> Det er tross alt dette partene har vedtatt og må antas å ha villet binde seg til, jfr. avtaleaspektet og suverenitetsprinsippet.

Haagkonvensjonen har som formål å forhindre ulovlige bortføringer og tilbakeholdelser av barn ved raskt og effektivt å gjenopprette den faktiske tilstand ved tilbakelevering. Dette formålet må en ha i tankene ved tolkning av konvensjonen.

Forarbeidene spiller en mindre rolle enn i vanlig norsk lovtolking. At lovgiver presiserer og utdyper regler i forarbeidene kan være en god lovgivningsteknikk. Men som traktateteknikk er den ikke like holdbar. Det dreier seg om en avtale hvor ordlyden får en viktigere rolle. Videre kan det være noe tilfeldig hva som kommer med i traktatforarbeider, og de er vanskelig tilgjengelig. Ifølge Wienkonvensjonen art. 32 er forarbeider et tilleggsargument. Et unntak fra utgangspunktet om at forarbeidene tillegges liten vekt, har vi hvor det foreligger spesielle rapporter fra den komité som har utarbeidet traktaten.<sup>9</sup> En slik "explanatory report" finnes for Haagkonvensjonen; Pérez-Vera rapporten. Denne gjennomgår traktatens forhistorie, kommenterer de enkelte bestemmelser, gir nærmere forklaringer av ord og uttrykk, samt gir uttalelser om formål. Denne er et viktig hjelpemiddel for senere tolkninger av konvensjonen.

På bakgrunn av ønsket om rettsenhet er også andre konvensjonsstaters rettskildebruk relevante ved norske avgjørelser. Det er viktig å se hvordan konvensjonen inkorporeres i lovgivningen og hvordan den fungerer i rettspraksis i andre land.

#### 1.4 Avgrensninger

Foreldre kan urettmessig bortføre barn til et ukjent oppholdssted innenlands eller utenlands. De første tilfellene blir ikke behandlet, da det ikke oppstår noen lovvalgsproblematikk. Haagkonvensjonen får ikke anvendelse.

Haagkonvensjonen behandler de sivilrettslige sider av barnebortføring, og situasjoner som kan falle inn under straffebestemmelser, f.eks. frihetsberøvelse jfr. straffelovens § 223 og unndragelse av omsorg jfr. straffelovens § 216 vil derfor ikke bli behandlet.

---

<sup>8</sup> Fleischer s. 33.

<sup>9</sup> Ruud s. 27.

Haagkonvensjonen har i art. 21 en bestemmelse om samværsrett for foreldre med barn i utlandet. Bestemmelsen er en kompromissløsning mellom ulike staters syn og bærer mer preg av ideelle målsettinger enn av juridisk bindende normer.<sup>10</sup> Art. 21 gir ikke foreldre effektivt vern for sin samværsrett med barn, da konvensjonen ikke pålegger mottakerstaten å tilbakelevere barn for å respektere den gjenværendes samværsrett. Bestemmelsen kan bare komme til anvendelse i følgende to situasjoner: a) at tilbakeleveringskravet ikke blir tatt til følge eller b) at barnet er tilbakelevert, men bortføreren alene får foreldreansvaret i en foreldreansvarssak og igjen flytter til utlandet med barnet. Jeg velger å avgrense drøftelsen mot samværssakene fordi hovedvekten legges på selve bortføringssituasjonen med tilbakeleveringsplikt og anvendelsen av eventuelle unntak fra denne. En kan si at ”første trinn i prosessen” blir behandlet.

Hovedsakelig vil de materielle, og ikke de prosessuelle regler bli behandlet.

---

<sup>10</sup> Rundskriv et s. 35-36.



## **2 Domstolenes jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse og fullbyrdelse**

I barnebortføringssakene må en først fastslå hvilket lands myndigheter som har kompetanse til å behandle en sak om omsorg for barn. Omsorg for barn omfatter foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samværsrett. Dette er et spørsmål om jurisdiksjon. Deretter kommer spørsmålet om lovvalg opp, dvs. hvilket lands rett som skal legges til grunn for avgjørelsen. Ved at alle stater har sin egen internasjonale privatrett, oppstår behovet for samordning av reglene slik at ikke smutthull oppstår, som bortfører kan utnytte.<sup>11</sup> For å motvirke bortføringer kreves det derfor et samspill mellom flere staters rett. Dette gjøres særlig ved inngåelse av konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske avgjørelser. Den nordiske familierettskonvensjon og Europarådkonvensjonen er slike konvensjoner og blir behandlet nedenfor.

Barneloven har i kapittel 8 regler om både norske domstolars kompetanse, samt lovvalg når en av partene har tilknytning til utlandet.

### **2.1 Jurisdiksjon**

Hovedregel i norsk internasjonal privatrett er etter tvistemålslovens vernetingsregler, at norske domstoler har kompetanse. Etter disse reglene er det avgjørende om saksøkte har vernet i Norge. Etter tvml. § 18 og § 19 er det avgjørende om saksøkte har bopel i Norge.<sup>12</sup> Men norske myndigheter har et større virkefelt etter barnelovens regler §§ 63-65 enn de ville hatt etter de alminnelige vernetingsregler. I tillegg til saksøkte, har det også betydning at barnet er bosatt her. Barnelovens regler er uttømmende og kan ikke suppleres av tvml. § 19. Også i forhold til andre bestemmelser om kompetanse i tvml. går barnelovens kompetanseregler foran.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Kvisberg s. 22.

<sup>12</sup> Kvisberg s. 23.

<sup>13</sup> Backer, s. 392.

Barneloven § 64 litra a) og b) fastsetter at saken kan behandles og avgjøres i Norge dersom enten saksøkte eller barnet er bosatt her. Det er uten betydning hvor saksøker er bosatt. Når en av foreldrene ulovlig tar barn med ut av landet, vil ikke dette medføre at barnet av den grunn skifter bosted. Dette ville totalt ha undergravet betydningen av Haagkonvensjonen. Etter bestemmelsens første ledd bokstav c) kan saken avgjøres i Norge selv om verken barnet eller saksøkte har bosted i Norge, dersom slik sak tidligere er avgjort her. Denne regelen gjelder selv om det i mellomtiden er en ny avgjørelse om spørsmålet i utlandet som har endret den tidligere norske avgjørelsen.

Etter § 64 2. ledd kan en midlertidig avgjørelse behandles av norsk domstol dersom barnet eller saksøkte oppholder seg i Norge. Saken kan da reises her til tross for at den faste bopelen er i en annen stat. Det betyr blant annet at norske myndigheter har kompetanse til å gripe inn i tilfelle hvor barnet urettmessig er brakt til Norge. Den endelige avgjørelsen kan likevel bare treffes her dersom barnet eller saksøkte i mellomtiden har bosatt seg i Norge.

I særskilte tilfelle kan det tenkes at norske domstoler vil ha kompetanse til tross for situasjonen ikke er hjemlet i § 64. Grunnlaget vil da være nødkompetanse. Dette krever at saksøker har en fast tilknytning til Norge, fortrinnsvis domisil, men også statsborgerskap med opphold her kan være tilstrekkelig. Det vil videre være av betydning at barnet oppholder seg her, dels på grunn av nødvendigheten for en norsk avgjørelse, dels for sakens opplysning.<sup>14</sup> Eksempelvis kan en slik sak fortone seg på følgende måte: Mor og far som er norske statsborgere, har bosatt seg i et land som praktiserer statsborgerskapsprinsippet for at domstolene skal ha kompetanse til å behandle saken. Dersom foreldrene faller fra, vil barnet være norsk statsborger i dette landet og domstolene vil således ikke ha kompetanse til å behandle spørsmålet om foreldreansvar. Da må norske domstoler kunne behandle saken med grunnlag i nødkompetanse. Jeg viser til en kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1993 s. 1144. Det ble uttalt at barneloven § 64 må suppleres med nødkompetanse for særlige tilfeller der rimelighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger tilsier en slik kompetanse for å bringe klarhet i barnets rettsforhold. I den saken forlå ikke slik nødkompetanse da barnet hadde bosted i Tyskland

---

<sup>14</sup> Backer s. 401-403.

eller Spania, og det var rettslig uavklart om barnefordelingssaken kunne reises i ett av disse landene. Fordi det ikke kunne utelukkes at sak kunne føres i ett av disse landene, forelå ikke nødkompetanse for norske domstoler.

Imidlertid innsnevrer den nordiske familierettskonvensjonen norske domstolars kompetanse til å treffe avgjørelser etter bl. § 64. Konvensjonen regulerer jurisdiksjon og anerkjennelse av en del typer avgjørelser innen de nordiske landene. Art. 8 omhandler bl.a. avgjørelser vedrørende omsorgen for barn. Dersom spørsmålet blir tatt opp i forbindelse med en sak om separasjon eller skilsmisse skal angjeldende domstol også behandle dette, jfr. art. 7. Bor begge ektefeller i samme stat, skal saken behandles der. Er én av dem fortsatt bosatt der de sist hadde felles bopel, skal saken behandles i dette landet. Dersom begge har flyttet fra den stat de sist hadde felles bopel, skal saken behandles i den stat en av ektefellene har statsborgerrett. Dette gjelder uavhengig av hvor ektefellene nå er bosatt. Statsborgerstat og bostedsstat kan være ulike land. Eksempelvis er et par gift i Sverige og hadde felles bopel der. Kvinnen og barnet flytter til Norge, mannen bor fortsatt i Sverige. Etter barneloven § 64 skulle omsorgssaken vært ført for norske domstoler. Den nordiske familierettskonvensjon innskrenker barnelovens bestemmelse, og samtidig sak om omsorg og separasjon/skilsmisse skal etter denne føres for svenske domstoler.

Skal det derimot treffes avgjørelse om omsorg for barn på et senere tidspunkt, er det myndighetene i den stat hvor den tidligere ektefelle som kravet retter seg mot nå har bopel, som har kompetanse til slik avgjørelse, jfr. art. 8 2. ledd. Denne samsvarer med barneloven § 64.

## 2.2 Lovvalg

Ved avgjørelsen av et rettsforhold som har tilknytning til et annet land, oppstår spørsmålet for norske domstoler om fremmed rett skal tas i betraktning ved vurderingen av saken. Dette spørsmålet avgjøres av norske rettsregler i vår internasjonale privatrett. Det er reglene om når norske domstoler skal anvende andre rettsregler enn de norske.

Internasjonale konvensjoner, som søker å oppnå rettsenhet mellom landene, kan redusere den internasjonale privatrettens betydning. Men erfaring har vist at selv i tilfelle hvor det

foreligger ensartede lovregler, kan det ha betydning hvilket lands rett som blir lagt til grunn. Dette kan skyldes ulik tolkning i de ulike land.<sup>15</sup>

Barneloven § 66 slår fast at norske domstoler skal legge norsk rett til grunn. Dette gjelder både prosessuelle regler og de materielle regler etter barneloven. Det forhold at minst én av partene har tilknytning til en annen stat kommer bare indirekte inn gjennom ”barnets beste”-vurderingen. Flytting av barnet til utlandet kan være mer inngripende enn flytting innen Norge. Her kommer miljøskifteargumentet inn, på samme måte som i en intern barnefordelingssak eller barnevernsak.

Barneloven § 66 kommer ikke til anvendelse ved fastsettelse av om en ulovlig bortføring/tilbakeholdelse har funnet sted. Dette avgjøres av lovgivningen i det land barnet hadde bosted før den ulovlige bortføring fant sted. Haagkonvensjonen fastsetter her en lovvalgsregel, jfr. art. 3 (1) litra a), jfr. barnebortføringsloven § 11 (2) litra a).

### 2.3 Anerkjennelse og fullbyrdelse

Det har lenge eksistert et omfattende regelverk i form av konvensjoner mellom de nordiske land. I barnebortføringssakene vil nå i de aller fleste tilfeller Haagkonvensjonen komme til anvendelse, og vil således ”overlappe” disse konvensjonene.

Den nordiske familierettskonvensjonen omhandler jurisdiksjon, det vil si hvilket lands myndigheter som har kompetanse til å treffe avgjørelser i de ulike sakene, og anerkjennelse av avgjørelsen i de andre landene. Den fastsetter at avgjørelser truffet i en av de nordiske statene skal ha gyldighet i de andre stater.<sup>16</sup> Ved at en avgjørelse får gyldighet/anerkjennes f.eks. i Norge, vil si at den har samme rettskraft som andre norske avgjørelser.

Avgjørelser vedrørende omsorgen for barn omfattes av den nordiske familierettskonvensjon når dette er knyttet til en samtidig eller forutgående oppløsning av ekteskap. Har foreldrene ikke vært gift med hverandre, er det ikke noen hjemmel for å anerkjenne en avgjørelse truffet i et annet nordisk land. Her vil imidlertid barnebortføringsloven innebære at

---

<sup>15</sup> Bruzelius s. 833.

<sup>16</sup> Art. 22

avgjørelser om foreldreansvar og samværsrett som er truffet i en stat som er tilsluttet Europarådkonvensjonen, skal kunne anerkjennes og fullbyrdes i Norge. Samme gjensidighetsprinsipp gjelder i en annen konvensjonstat.

Fullbyrding omhandles ikke i denne konvensjonen. En må da se til andre lover og konvensjoner. For det første lov om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske privatrettslige dommer 10. juni 1977 nr. 71.<sup>17</sup> Dette er en generell lov som i utgangspunktet gjelder alle privatrettslige forhold som er avgjort av domstoler i de andre nordiske landene, og fastsetter at avgjørelsene er bindende og kan fullbyrdes i Norge. Etter denne lov § 5 nr. 1 er det adgang til å fullbyrde en avgjørelse om foreldreansvar og samværsrett. Vi har senere fått Luganokonvensjon, som gjelder anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.<sup>18</sup> Konvensjonen er gjennomført i norsk rett ved lov 8. jan. 1993 nr. 21. På familierettens område omfatter denne bare bidragsspørsmål og det er derfor fortsatt 1977-loven som regulerer fullbyrding av avgjørelser vedrørende familierettslige forhold.<sup>19</sup>

Europarådskonvensjonen omhandler ikke bare bortføringstilfellene, men gir generelle regler om når anerkjennelse og fullbyrdelse av avgjørelser skal finne sted i et annet land. Størst praktisk betydning har dette likevel når et barn ulovlig er blitt bortført fra en stat. Det som reguleres her er virkningen i Norge av avgjørelser truffet i ett av de andre landene. Anerkjennelse – eller gyldighet – innebærer at en avgjørelse legges til grunn som bindende også i et annet land. For at avgjørelsen i tillegg skal kunne fullbyrdes i dette landet, må det være særskilt fastsatt i lov eller konvensjon. Etter Europarådskonvensjonen kan fullbyrding av en avgjørelse bare skje her i landet dersom den kunne vært tvangsfullbyrdet i opphavsstaten etter dette lands rett.

---

<sup>17</sup> Konvensjonen mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer av 16. mars 1932 ble gjennomført ved at man i de nordiske land ga hver sin lov med likelydende ordlyd.

<sup>18</sup> Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988.

<sup>19</sup> I forhold til Island gjelder fortsatt den nordiske konvensjon av 1932 om anerkjennelse og fullbyrding av dommer.

Konvensjonen gjelder for barn under 16 år, og som selv ikke kan bestemme hvor det vil bo etter retten i det land barnet enten har sitt bosted eller hvor det er statsborger, jfr. bfl. § 4 og § 7 (e), jfr. konvensjonens art. 1 (a).

Norge har tatt reservasjoner i forhold til Europarådkonvensjonen, jfr. ratifikasjonsloven § 1 (1) litra b) og c).<sup>20</sup> Dette omhandler et forbehold i medhold av art. 17 om å nekte anerkjennelse og fullbyrdelse av avgjørelser om foreldreansvar av de grunner som er fastsatt i art. 10, jfr. bfl. § 7. Hovedregelen etter barnebortføringsloven § 6, jfr. art. 7 er at formelle avgjørelser fra konvensjonsstatene skal anerkjennes og fullbyrdes i Norge. De nærmere regler følger av art. 8-10. Art. 8 og 9 gjelder der det har skjedd en ulovlig bortføring, art. 10 gjelder i andre tilfeller.<sup>21</sup> Art. 10, jfr. bfl. § 7 inneholder unntakene fra anerkjennelses- og fullbyrdesplikten. Ved at Norge har tatt dette forbeholdet betyr det at de vidtrekkende unntakene i art. 10 også kan anvendes i barnebortføringstilfellene. Det betyr at norske myndigheter får en videre adgang til å nekte tilbakelevering enn det som følger av ordlyden i art. 8 og 9.

Eksempelvis inneholder art. 10 litra a) en ordre public-klausul, som fastsetter at anerkjennelse og fullbyrding kan nektes dersom avgjørelsen strider mot grunnleggende prinsipper i mottakerlandets rett vedrørende familie og barn.<sup>22</sup> Beviskravet er strengt; det må være ”klart” i strid med grunnleggende prinsipper og er således en snever unntaksregel. I Europarådets kommentar til konvensjonen nevnes hensynet til barnets beste som et slikt prinsipp. Reservasjonen gjør det mulig å nekte anerkjennelse eller fullbyrdelse av en avgjørelse når dette kan medføre et åpenbart brudd på prinsippet.<sup>23</sup>

Bfl. § 7 oppstiller en ”skal” regel i motsetning til konvensjonens ”kan” regel. Rammes avgjørelsen av en av punktene i § 7 a – f skal anerkjennelse eller fullbyrding nektes.

---

<sup>20</sup> Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådkonvensjonen og Haagkonvensjonen av 8. juli 1988 nr. 73

<sup>21</sup> Kvisberg s. 55.

<sup>22</sup> Ordre public-regelen går ut på at en ikke anvender utenlandske rettsregler som er særlig fremmede eller støtende for vår rettsoppfatning, jfr. Eckhoff s. 293.

<sup>23</sup> Rundskrivet s. 24-25.

Grunnen til at Norge tok denne reservasjonen var at man ut fra hensynet til barnets beste fant det vanskelig å godta en absolutt utleveringsplikt uten noen form for overprøving.<sup>24</sup> De andre nordiske land har tatt tilsvarende reservasjoner. Dette ble gjort på bakgrunn av at disse land arbeidet for en ”svak” konvensjon, som åpner for flere unntak begrunnet i hensynet til barnets beste.

Forbeholdene innebærer et gjensidighetsprinsipp, som i folkeretten generelt.<sup>25</sup> Anerkjennelse og fullbyrding av en norsk avgjørelse kan nektes på samme grunnlag i enhver annen konvensjonstat, selv om denne ikke har tatt tilsvarende forbehold, jfr. art. 17 (2).

---

<sup>24</sup> Kvisberg, s. 56.

<sup>25</sup> Wienkonvensjonen art. 21.

### **3 Haag-konvensjonen**

#### **3.1 Innledning**

Den 24. oktober 1980 ble Konvensjonen om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring enstemmig vedtatt på den 14. sesjonen av Haag-konferansen om internasjonal privatrett. Den påfølgende dag, 25. oktober 1980, ble konvensjonen undertegnet av de første konvensjonstatene.<sup>26</sup> I Norge ga Stortinget sitt samtykke til ratifikasjon av både Haag- og Europarådkonvensjonen ved ratifikasjonsloven av 8. juli 1988 nr. 73. Haagkonvensjonen ble ratifisert 9. januar 1989 og trådte i kraft 1. april 1989.

Norge har også i forhold til Haagkonvensjonen tatt reservasjoner jfr. ratifikasjonsloven § 1. Litra f) fastsetter reservasjon for betaling av prosessomkostninger; i Norge omkostninger utover eventuell fri rettshjelp. For øvrig er det ikke mulig for statene å reservere seg mot Haagkonvensjonens tilbakeleveringsplikter.

#### **3.2 Forholdet mellom Europarådskonvensjonen og Haagkonvensjonen**

Haagkonvensjonen skal gjenopprette en faktisk tilstand ved at barnet tilbakeleveres den stat barnet ble bortført fra. Målsettingen med konvensjonen er at saker om barnebortføring skal få sin endelige avgjørelse i bostedsstaten.<sup>27</sup> Domstolen i mottakerstaten skal bare behandle tilbakeleveringskravet. Begrunnelsen er at domstolen i bostedsstaten er nærmere til å få saken tilstrekkelig opplyst enn den stat barnet er bortført til. Dette gjelder faktiske opplysninger, begge parter får være til stede, vitner, sakkyndige osv. Det er kun snevre unntak fra denne tilbakeleveringsplikten.

---

<sup>26</sup> Davis s. ix.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 52 s. 10.



Hovedforskjellen mellom de to konvensjoner er at Haagkonvensjonen søker å beskytte retten til foreldreansvar ved å gjenopprette den faktiske tilstand, mens Europarådkonvensjonen søker å lette anerkjennelsen og fullbyrdelsen av utenlandske avgjørelser angående foreldreansvar.

Videre skiller de to konvensjonene seg ved kravet om formelle avgjørelser. Etter Haagkonvensjonen plikter mottakerstaten å etterkomme et tilbakeleveringskrav selv om dette ikke bygger på en formell avgjørelse om foreldreansvaret. Europarådkonvensjonen omhandler anerkjennelse og fullbyrding av formelle avgjørelser.<sup>28</sup> Ved at et tilbakeleveringskrav blir mer absolutt på denne måten bidrar til å gjøre Haagkonvensjonen effektiv, samt at det vil ha en preventiv effekt. Den preventive målsetting er statuert i konvensjons art. 1 (b): Da statene har forpliktet seg til å sørge for en rask tilbakeføring, vil det dempe fristelsen til å bortføre barn. Konvensjonens hovedformål er å søke å unngå/forhindre internasjonale barnebortføringssaker.

Konvensjonen inneholder 45 artikler som beskriver formålet, definerer ulovlig bortføring og tilbakeholdelse, bestemmer hvem konvensjonen gjelder for, hvordan en tilbakeleveringssøknad bør behandles, hva domstolene må gjøre og hvilke unntak som kan komme til anvendelse for å unngå automatisk tilbakelevering. Den omhandler i tillegg råd for organisering og sikring av samværsrett for foreldre med barn i utlandet.

### 3.3 Gjennomføring av konvensjonene i barnebortføringsloven

Barnebortføringsloven kommer til anvendelse når et barn rettsstridig er brakt til Norge eller holdes tilbake her. Anerkjennelse i utlandet av norske foreldreansvarsavgjørelser og tilbakeføring av barn til Norge må skje på grunnlag av konvensjonene.<sup>29</sup>

Lovens § 1 statuerer lovens virkeområde. De forholdene som omhandles av Europarådkonvensjonen var tidligere bare regulert mellom de nordiske land, jfr. den nordiske familierettskonvensjon. Jfr. § 1 (1) 2. pkt. gjelder loven i forhold til de nordiske

---

<sup>28</sup> Dette gjelder også andre konvensjoner som regulerer domsmyndighet, anerkjennelse og fullbyrding i internasjonal-privatrettslige spørsmål, f.eks. Luganokonvensjonen.

<sup>29</sup> Thue s. 473.

land kun så langt det ikke finnes særskilte regler. Den nordisk familierettskonvensjon er lex specialis og har forrang.

De spørsmål Haagkonvensjonen omhandler er derimot en nyskapning i internasjonal rett. Disse var tidligere verken regulert i lov eller konvensjon. Som nevnt er hovedhensikten å oppnå en rask tilbakelevering av barn som er ulovlig bortført eller tilbakeholdt fra et medlemsland, jfr. art. 1 (a).

Lovens kapittel II gjelder for de stater som er tilsluttet Europarådkonvensjonen, jfr. § 1 (1). Det som reguleres her, er virkningen i Norge av avgjørelser truffet i et av de andre landene.

Fullbyrding av en avgjørelse kan bare skje her i landet dersom den kunne vært tvangsfullbyrdet i opphavsstaten etter dette lands rett, jfr. bfl. § 6 (1) 2. pkt. Regelen presiseres i § 6 (2). Bakgrunnen er at for eksempel foreldreansvar kan følge direkte av loven, slik at formell avgjørelse ikke foreligger. Da konvensjonen krever en ”avgjørelse” var det derfor nødvendig å etablere et slikt unntak. En senere avgjørelse (”chasing order”) i opphavsstaten som slår fast at barnet urettmessig er bortført eller tilbakeholdt i Norge, skal ha samme virkning som om avgjørelse forelå etter første ledd.

Bfl. § 7 modifierer norske domstolars plikt til anerkjennelse og fullbyrdelse av andre konvensjonsstaters avgjørelser. Her oppstilles materielle innsigelser. Regelen under a) er en sikkerhetsventil for å forhindre at tiltak skal kunne settes i verk i strid med norsk retts grunnleggende prinsipper. Tilsvarende bestemmelse finnes i Haagkonvensjonen art. 20. Ellers fremgår det av b) at barnets beste også står sentralt ved vurderingen av avgjørelser som er truffet i en annen stat. Det klare utgangspunktet er likevel at avgjørelser skal respekteres. Anerkjennelse og fullbyrding kan bare nektes ved endrede forhold. I tillegg er beviskravet at det er ”åpenbart” at en annen løsning er til barnets beste.<sup>30</sup> Loven inneholder samtidig en presisering ved at det ikke kan legges vekt på endringen i barnets oppholdssted

---

<sup>30</sup> Bevisbyrdereglene er regler som angir hvor stor grad av sannsynlighet for faktiske forhold som er nødvendig for å begrunne vedtak/avgjørelser. Åpenbart er en tung bevisbyrde; det kreves høy grad av sannsynlighet.

i seg selv. Selv om det isolert sett kan sies å være til barnets beste ikke å måtte flytte på ny, kan dette ikke vektlegges.<sup>31</sup> Dette ville da kunne betraktes som en premiering av den som, i strid med avgjørelse i sitt hjemland, har bortført barnet til Norge.

Kap. III gjelder tilbakelevering av barn fra Norge iht. Haagkonvensjonen etter begjæring fra annen konvensjonstat. Pr. 1. april 2002 har det vært behandlet langt færre saker etter Europarådkonvensjonen enn etter Haagkonvensjonen.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Jfr. miljøskifte hensynet i barnefordelingssaker.

<sup>32</sup> Steenberg s. 1896.

## **4 Haag-konvensjonens hovedregler**

### **4.1 Absolutte vilkår**

Det må foreligge en rekke betingelser for at barn kan tilbakeføres etter konvensjonen. Dette er absolutte vilkår. Er disse til stede, skal barnet returneres til bostedslandet. Domstolene har ingen diskresjonær myndighet ved behandlingen av de absolutte vilkår. Denne kommer bare til anvendelse dersom saken faller inn under en av konvensjonens unntaksbestemmelser.

#### **4.1.1 Konvensjonstat og ikrafttredelse**

Konvensjonen er bare bindende for de stater som er tilsluttet den, jfr. avtaleaspektet. Den kan derfor ikke binde stater som ikke uttrykkelig har akseptert avtalen. Det er ved ratifikasjon at staten blir bundet, jfr. Wienkonvensjonen art. 2 (b).<sup>33</sup> Dette omhandler både den internrettslige beslutning om å godkjenne avtalen og det at ratifikasjonsbeslutningen blir brakt til de andre traktatparters kunnskap. Haagkonvensjonen har i art. 43 (1) og (2) bestemmelser om når den trer i kraft. Dette skjer etter et visst tidsrom etter at de tre første stater har ratifisert konvensjonen. Deretter trer den i kraft etter hvert som andre stater ratifiserer eller tiltrer avtalen, jfr. art. 38. Norge ratifiserte Haagkonvensjonen 9. januar 1989 og den trådte i kraft for Norge 1. april 1989, jfr. art. 43 (2). For Norges del kan altså konvensjonen anvendes for ulovlige bortføringer av barn som har funnet sted etter 1. april 1989.

Spørsmålet om når konvensjonen trer i kraft mellom Norge og andre konvensjonstater er viktig.<sup>34</sup> Art. 35 (1) sier at konvensjonen skal anvendes mellom konvensjonstater bare når det er tale om ulovlige bortføringer eller tilbakeholdelser som har funnet sted etter at konvensjonen trådte i kraft i disse stater. Bestemmelsen tolkes slik at iverksettelsen av

---

<sup>33</sup> Ruud s. 50.

<sup>34</sup> Kvisberg s. 164.

bortføringen/tilbakeholdelsen må ha funnet sted etter at konvensjonen trådte i kraft mellom de to angjeldende stater. Den kommer ikke til anvendelse på såkalt ”fortsatt ulovlig tilbakeholdelse”, hvor selve bortføringen skjedde før konvensjonen trådte i kraft. Det vises til en kjennelse av Oslo namsrett 14. desember 1989 mellom et amerikansk ektepar.<sup>35</sup> Moren tok barna med seg til Norge i desember 1988. Faren krevet barna tilbakeført til USA med hjemmel i Haagkonvensjonen. Denne trådte i kraft for Norge 1. april 1989 og farens krav ble derfor avvist.

#### 4.1.2 Ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse

En definisjon av hva som anses som ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse finnes i art. 3 (1), jfr. barnebortføringsloven § 11. Art. 3 er en av konvensjonens sentrale bestemmelser, da iverksettelse av et tilbakeleveringskrav avhenger av at vilkåret i denne bestemmelsen er oppfylt.<sup>36</sup> To kumulative vilkår må foreligge: a) den må være i strid med gjenværendes rett til foreldreansvar tilkjent han/henne ifølge loven i den stat der barnet hadde sitt bosted umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen og b) at denne foreldrerett faktisk blir utøvet eller ville blitt utøvet dersom bortføringen eller tilbakeholdelsen ikke hadde funnet sted.

##### 4.1.2.1 Handlingene som rammes

Handlingene som rammes av konvensjonen er bortføring og tilbakeholdelse.<sup>37</sup> Bortføring finner sted når en person tar med seg, eller sender et barn over landegrensene. Hvis det er tvil om når en bortføring fant sted, er dette som regel et rent bevisspørsmål. Det er lagt til grunn at bortføringen rammes av Haagkonvensjonen på det tidspunkt barnet blir ført over landegrensen. Det er ikke tilstrekkelig at barnet er ført bort fra hjemmet, men holdes skjult i hjemlandet. Ulovlig tilbakeholdelse er det når en av foreldrene lovlig har tatt med seg barnet utenlands, men ikke returnerer til hjemlandet som avtalt. Det kan for eksempel være mor og barn som reiser på ferie til utlandet og ikke returnerer når det avtalte ferieoppholdet var ment å være over. Dette kan belyses med et eksempel fra rettspraksis HR-2001-01101.

---

<sup>35</sup> Hentet fra Kvisberg s. 164.

<sup>36</sup> Pérez-Vera s. 444..

<sup>37</sup> Kvisberg s. 88.

Foreldrene, som hadde felles foreldreansvar, hadde vært samboere i USA. Mor reiste med fars samtykke til Norge med sønnen. Spørsmålet gjaldt hvor langt samtykke rakk. Kjæremålsutvalget ga sin tilslutning til lagmannsretten som hadde uttalt at det som hovedregel må kreves at den annen forelder uttrykkelig har gitt sitt samtykke til endring av bosted. Men det kreves ikke at dette fremtrer i en skriftlig avtale. Det konkluderes med at uttrykkelig samtykke til endring av bosted foreligger og at det således ikke foreligger en ulovlig tilbakeholdelse, jfr. barnebortføringsloven § 11.

Konvensjonen fastsetter ikke hvem som kan være bortfører eller tilbakeholder.<sup>38</sup> Denne personkretsen skal tolkes vidt. Den omfatter ikke bare barnets foreldre. Dette ville gjøre det altfor enkelt å omgå konvensjonens regler. Enhver person kan være bortfører i konvensjonens forstand og noe slektskapsforhold til barnet er ikke påkrevet. Videre kommenteres i Pérez-Vera rapporten det forhold at en institusjon eller et organ kan være bortfører. Dette kommenteres fordi disse, i visse tilfelle, kan inneha foreldreansvar for barn. Det kan vanskelig tenkes at en institusjon eller en instans vil bortføre et barn til et annet land. Når for eksempel barnevernet har overtatt omsorgen og foreldreansvaret for et barn, har dette hjemmel i et juridisk eller administrativt vedtak. Ved en hypotetisk bortføring vil foreldrene ikke kunne påberope seg konvensjonen. Det vil i dette tilfelle være barnevernet som innehar foreldreansvaret og foreldrenes rett til foreldreansvar vil ikke være krenket.

#### 4.1.2.2 Foreldreansvaret

Haagkonvensjonen har et videre foreldreansvarsbegrep enn barneloven. Vanligvis unnlates definisjoner i Haagkonvensjonene. Dette gjøres fordi en ønsker dynamiske konvensjoner hvor begrepene fortolkes av medlemsstatenes domstoler.<sup>39</sup> Det er gjort et unntak for definisjonen av ”foreldreansvar”. Av effektivitetshensyn ønsker en her å sikre rettsenhet i forhold til innholdet av begrepet. Dersom det i praksis skulle forekomme for snevre tolkninger av begrepet ville barnebortføringskonvensjonen lett kunne undergraves. Det er den som har foreldreansvaret som kan kreve tilbakelevering. Den som bare har samværsrett kan ikke påberope seg konvensjonen eller barnebortføringsloven § 11.

---

<sup>38</sup> Pérez-Vera s. 451.

<sup>39</sup> Kvisberg s. 93.

Som en naturlig følge av Haagkonvensjonens formål har også barnebortføringsloven § 11 et utvidet foreldreansvarsbegrep. Foreldreansvaret omfatter retten til omsorg for barnets person og særlig retten til å bestemme hvor barnet skal bo, jfr. art. 5 (a). Den barnet bor sammen med anses etter konvensjonen å ha foreldreansvar. Barnebortføringsloven § 11 tolkes på samme måte og omfatter også vedtak som for eksempel sosiale myndigheter treffer om å plassere barnet utenfor foreldrehjemmet. Dersom det er truffet en avgjørelse om at barnet skal bo fast hos fosterforeldre, vil konvensjonen og loven komme til anvendelse her selv om fosterforeldrene ikke har det formelle foreldreansvaret.

Konvensjonen og loven gjelder også der det foreligger felles foreldreansvar. Dersom den ene av foreldrene uten den annens samtykke fører barnet til Norge, kan det foreligge en ulovlig bortføring hvis dette etter loven i barnets bopelstat er en ulovlig handling.<sup>40</sup> Det er altså bostedslandets rett som avgjør om bortføringen er ulovlig idet lovgivningen her avgjør hvem som har foreldreansvaret. Foruten foreldre, fosterforeldre eller den barnet bor hos, kan en institusjon eller en annen instans inneha foreldreansvaret. Dette kan typisk være barnevernet. I England kan også domstolen inneha foreldreansvaret. Dette var tilfellet i sak *Re B.-M.*<sup>41</sup> Mor hadde foreldreansvar alene og tok sønnen den 3. september 1992 med til sitt hjemland Tyskland. I august samme år hadde far anlagt sak for å få foreldreansvar. Den 4. september 1992 ble gutten satt under domstolens vergemål. Moren hadde mottatt melding om vergemålet (rettens formynderskap) den 11. september, men unnlatt å reagere. Tilbakeholdelsen av sønnen ble ansett ulovlig, fordi det var et brudd på den engelske domstols foreldreansvar. Domstolen poengterer videre at gutten uansett ikke hadde endret bosted fra den 3. til den 4. september.

En dom fra England viser at en avgjørelse om tildeling av foreldreansvar ikke kan ha tilbakevirkende kraft, slik at den tidligere bortføringen således blir ulovlig etter Haagkonvensjonen.<sup>42</sup> Et ugift par bodde i Australia. Mor, som alene hadde foreldreansvaret, tok i 1990 barnet med til England. Far fikk senere tilkjent foreldreansvaret av australsk domstol og fremsatte et tilbakeleveringskrav på bakgrunn av ulovlig bortføring. Kravet ble avslått, da det i 1990 ikke forelå noen ulovlig bortføring.

---

<sup>40</sup> Rundskrivet s. 30.

<sup>41</sup> *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, High Court, 30 October 1992, [1993] 1 FLR 979.

<sup>42</sup> *C v. S (Minor: Abduction: illegitimate child)* [1990] 2 A.C. 562. Hentet fra Davis.

På bortføringstidspunktet var intet foreldreansvar krenket. At far fikk foreldreansvar etter at barnet var ført ut av landet, kunne ikke gis tilbakevirkende kraft.

Den siste dommen skiller seg fra den over, *Re B.-M*, ved at far i den første hadde startet prosessen med å få foreldreansvar før mor og barn forlot landet. Barnet skal da tilbakeføres til det land som har jurisdiksjon i foreldreansvarssaken. Dette må være det riktige resultat for å unngå ”spekulasjon” i å bortføre barn før denne prosessen er avsluttet og avgjørelse om fars foreldreansvar foreligger. Resultatet underbygges videre av at Haagkonvensjonen ikke baserer seg på et krav om formelle avgjørelser for å kunne fremsette en tilbakeleveringsbegjæring. I den siste saken startet far denne prosessen etter at barnet var blitt ført ut av landet og intet foreldreansvar var krenket.

Etter konvensjonen er det ingen betingelse for at foreldreansvaret er utøvd, at barnet og den som har foreldreansvaret har bodd sammen eller at daglig omsorg blir utøvet.<sup>43</sup> Barnet kan for eksempel på grunn av skolegang ha bodd utenfor hjemmet. Slikt fravær fører ikke til at den som har foreldreansvaret blir ansett for ikke å ha utøvd dette i lovens og konvensjonens forstand. Dette stiller seg annerledes dersom barnet er fjernet fra hjemmet etter beslutning fra sosiale myndigheter.<sup>44</sup> Her kan ikke lenger foreldrene sies å utøve foreldreansvaret.

Det er videre et vilkår at foreldreansvaret faktisk ble utøvd eller ville ha blitt utøvd på det tidspunkt bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted. Et formål med konvensjonen er å beskytte barns rett til stabilitet.<sup>45</sup> Konvensjonen skal beskytte barn mot å bli unndratt deres miljø som de er sosialt og følelsesmessig knyttet til. Unntak gjøres for de tilfeller hvor det er juridisk grunnlag i form av en avgjørelse eller dom, som garanterer barnet et nytt stabilt miljø. Foreldreansvaret som juridisk grunnlag, inneholder altså både en juridisk og faktisk side, som begge må være oppfylt. Tilbakeleveringsplikt foreligger derfor bare hvor den gjenværende faktisk også har utøvd foreldreansvaret. Det er da barnet vil ha en beskyttelsesverdig sosial og følelsesmessig forankring hos den gjenværende mor eller far i dennes miljø, jfr. art. 3 (1) (b), jfr. barnebortføringsloven § 11 (2) (b).

---

<sup>43</sup> Rundskrivet s. 31.

<sup>44</sup> I Norge kan det være et vedtak om omsorgsovertakelse, jfr. barnevernloven § 4-12.

<sup>45</sup> Pérez-Vera s. 448.



Det foreligger etter konvensjonen en presumsjon for at foreldreansvaret faktisk også er utøvd. Dette er fulgt opp i norsk rettspraksis, jfr. Rt. 1997 s. 1879. Mor hadde etter avtale med far tatt datteren med til Norge for et lengre opphold. Barnets bosted blir etter bfl. § 11 ikke endret. Mor og barn reiste på besøk til far i USA og datteren ble igjen her for en kortere periode. Da far motsatte seg datterens retur til Norge, hentet mor derfor datteren tilbake til Norge tidligere enn den planlagte returen. Bortføringen fant således sted 13. april 1997. Foreldreansvarssaken var ikke endelig avgjort, og felles foreldreansvar forelå på dette tidspunkt. Spørsmålet gjaldt således om far kunne sies faktisk å utøve foreldreansvaret da bortføringen fant sted. Dette svarer retten ja på. Presumsjonen for utøvelse får anvendelse selv om far ikke hadde tatt del i den daglige omsorgen da datteren var i Norge tidligere på året. Retten poengterer med dette at far faktisk ville ha utøvet sin rett til foreldreansvar dersom datteren hadde vært i USA.

Under forhandlingene av konvensjonen var det uenighet om faktisk utøvelse av foreldreansvar skulle være et vilkår.<sup>46</sup> Det ble hevdet at det kunne være vanskelig for den gjenværende å bevise at vedkommende faktisk hadde utøvd foreldreansvar. Det er gjenværende som har bevisbyrden for at bortføringen eller tilbakeholdelsen er ulovlig, mens det er bortføreren som må bevise at tilbakelevering likevel ikke skal skje etter unntaksbestemmelsen i art. 13 (1).<sup>47</sup> En av situasjonene som gir domstolene anledning til å nekte tilbakelevering er nettopp at gjenværende faktisk ikke utøvde foreldreretten, jfr. art. 13 (1) (a). Her er det altså opp til bortføreren å bevise at den gjenværende ikke utøvde retten til foreldreansvar. I forhold til å stadfeste om en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse foreligger, er det en presumsjon for at den som har foreldreansvaret også faktisk har utøvd dette. Det er altså i praksis tilstrekkelig at gjenværende godtgjør at han hadde rett til foreldreansvar. Det blir så opp til bortføreren å bevise at unntaksbestemmelsen i art. 13 (1) (a) får anvendelse.

Kravet om at foreldreansvaret må ha vært utøvd gjelder ikke dersom det nettopp er bortføringen eller tilbakeholdelsen som hindrer utøvelsen. Det kan være tilfelle hvor den

---

<sup>46</sup> Pérez-Vera s. 448.

<sup>47</sup> Kvisberg s. 104.

ene tar barnet med på ferie utenlands med den annens samtykke og holder barnet tilbake her utover det avtalte tidsrom. Den gjenværende utøvde ikke da sitt foreldreansvar da den ulovlige tilbakeholdelsen begynte. Unntaket gjelder selv om utenlandsoppholdet har vært av en viss varighet, og selv om den gjenværende ikke hadde omsorgen for barnet umiddelbart før utenlandsreisen. Regelen kan synes overflødig da reelle hensyn og rettferdighetsbetraktninger vel ville ha ført til samme resultat. En annen situasjon kan også tenkes. En av foreldrene har hatt foreldreansvaret alene. Kompetent myndighet beslutter å overføre foreldreansvaret til den annen av foreldrene. Før dette fullbyrdes, tar den som hadde foreldreansvaret barnet med til utlandet. Dette er en ulovlig bortføring selv om den gjenværende ikke utøvde foreldreansvaret da bortføringen fant sted. Her får ”ville vært utøvd” vilkåret selvstendig betydning.<sup>48</sup>

Foreldreansvaret kan bero direkte på loven i den staten barnet hadde bopel umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen.<sup>49</sup> Videre kan grunnlaget være en avgjørelse av kompetent rettslig eller administrativ myndighet eller en overenskomst som har gyldighet i den staten, jfr. Haagkonvensjonen art. 3 (2). Det kreves ikke at avgjørelsen er rettskraftig. I motsetning til hva som gjelder etter Europarådkonvensjonen kreves ingen etterfølgende avgjørelse om at bortføringen eller tilbakeholdelsen er ulovlig i de tilfeller foreldreansvaret følger direkte av loven. Dette er en følge av at Haagkonvensjonen ikke krever formelle avgjørelser. Retten til å kreve barnet tilbakelevert kan også bygge på loven i en tredje stat, dersom denne loven skal gjelde etter lovvalgsreglene i barnets bostedsstat, eller på en avgjørelse fra en tredje stat, som har gyldighet i barnets bostedsstat.

#### 4.1.3 Barn som beskyttes av konvensjonen

Konvensjonen gjelder for barn under 16 år som hadde sitt bosted i en konvensjonsstat umiddelbart før retten til foreldreansvar eller samvær ble krenket, jfr. art. 4 og barnebortføringsloven § 4 og § 11 (1).

---

<sup>48</sup> Kvisberg s. 106.

<sup>49</sup> Rundskrivet s. 30.

#### 4.1.3.1 Alder

Et krav om tilbakeføring avvises når barnet har fylt 16 år, selv om det var yngre da bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted. Dette er av hensyn til barnets rett til å bli hørt og selvbestemmelsesrett. Fyller barnet 16 år etter at avgjørelse er truffet, men før iverksetting skjer, kan gjennomføring ikke finne sted.<sup>50</sup> Statene har imidlertid ulik praksis når barnet nærmer seg 16 års grensen. Selv om avgjørelsen er truffet før barnet er fylt 16 år, kan den i noen stater fullbyrdes etter 16-års dagen. Det står konvensjonsstatene fritt å anvende konvensjonens prinsipper også utenfor dens egentlige virkeområde.<sup>51</sup>

I prinsippet kan en konvensjonsstat da velge å fullbyrde avgjørelsen, altså iverksette tilbakelevering, etter at barnet er fylt 16 år. Dette må imidlertid sees i sammenheng med barnets rett til å bli hørt, jfr. art. 13 (2). Barnets ønsker skal tillegges vekt når alder og modenhet tilsier det, også før fylte 16 år. Motsetter 16-åringen seg tilbakeføring blir dette i de fleste tilfeller avgjørende.

Både Haagkonvensjonen og Europarådkonvensjonen har en 16-års grense. Konvensjonene skiller seg på ett punkt, da vilkåret for å regnes som barn etter Europarådkonvensjonen er at barnet før fylte 16 år ikke selv har rett til å bestemme hvor det skal bo etter nasjonal rett. Dette er tilfelle i Skottland.<sup>52</sup> Dersom en 15-åring samtykker i bortføringen foreligger etter alt å dømme ikke en ulovlig bortføring etter Haagkonvensjonen. Nasjonal lovgivning anser altså ikke bortføringen ulovlig og art. 3 (1) (a) er ikke oppfylt. Foreligger ikke samtykke, kommer konvensjonen til anvendelse. Dette ”tilleggsvilkåret” for å anses som barn gjelder for stater tilsluttet Europarådkonvensjonen, og får betydning i forhold til Haagkonvensjonen ved om nasjonal lovgivning anser bortføringen/tilbakeholdelsen ulovlig.

#### 4.1.3.2 Bosted

Barnet må ha hatt bosted i en konvensjonstat umiddelbart før bortføringen/tilbakeholdelsen for at et tilbakeleveringskrav kan fremsettes etter Haagkonvensjonen. Uttrykket ”bosted” tilsvarer det internasjonale begrep ”habitual residence”. I Pérez-Vera rapporten står det at

---

<sup>50</sup> Holgersen s. 154.

<sup>51</sup> Kvisberg s. 109.

<sup>52</sup> Kvisberg s. 110.

et barns bosted er ”the family and social environment in which its life has developed”.<sup>53</sup> Definisjonen harmonerer godt med konvensjonens formål; gjenopprettelse av den faktiske tilstand. Det er hvor barnet har sitt miljø som er avgjørende for dets bosted.

Hver enkelt konvensjonstat bestemmer selv betydningen av bostedsbegrepet i nasjonal lovgivning. For norsk rett kan man som en veiledning legge til grunn den forståelse av bostedsbegrepet som følger av tvistemålsloven § 18 og § 19. Det er her bl.a. forutsatt at bopel ikke er det samme som oppholdssted.<sup>54</sup> Det er to kriterier som avgjør om en person er bosatt her.<sup>55</sup> Det objektive kravet består i om vedkommende faktisk har tatt opphold i Norge. Det subjektive kravet innebærer at vedkommende har til hensikt å ta et relativt varig opphold her. Det siste kan selvfølgelig by på bevisproblemer og ofte må bopelsspørsmålet avgjøres ut fra mer objektive momenter. Det blir tale om en helhetsvurdering, for eksempel oppholdets lengde, i tillegg til minstekravet om faktisk opphold. Vanligvis har barn samme bopel som foreldrene. Flytting på egen hånd til utlandet, for eksempel i utdanningsøyemed, endrer ikke barnets domisil etter norsk internasjonal privatrett. Det samme standpunkt er inntatt i engelsk rettspraksis. *In Re P. (G.E.)* ble det fastslått at barnet ikke endret sitt bosted selv om det gikk på skole i utlandet.<sup>56</sup> Dommeren uttalte at når foreldrene bodde sammen i deres felles hjem, ville også barnets bosted være her, uavhengig av hvor barnet utdannet seg. Dette er fulgt opp i senere engelsk rettspraksis.

Når foreldrene ikke bor sammen, vil barnets bopel følge den av foreldrene som det bor fast hos. Det er uten betydning om foreldreansvaret er felles eller bare hos den ene. Bor barnet vekselvis hos begge, blir det avgjørende hvor barnet går på skole. Unntaksvis kan barnet få to bostedsland hvis det bor like mye hos hver av foreldrene. Det at barnet blir ulovlig bortført eller tilbakeholdt endrer ikke barnets bosted. Det vises til Rt. 1993 s. 1144 hvor barnet ikke ble ansett bosatt i Norge etter en bortføring hit. Det ble uttalt at ”en slik form for selvtekt fra den ene av foreldrene kan i utgangspunktet ikke medføre noen endring i barnets bostedsforhold”. Barnet har fortsatt domisil i det land det hadde sin bopel

---

<sup>53</sup> Pérez-Vera s. 428.

<sup>54</sup> Rundskrivnet s. 25, jfr. s. 30.

<sup>55</sup> Backer s. 390.

<sup>56</sup> *In Re P. (G.E.) (An Infant)* [1965] Ch. 568 at 585. Hentet fra Beaumont s. 92.

umiddelbart forut for bortføringen/tilbakeholdelsen og får etter norsk internasjonal privatrett ikke domisil i det nye land. Imidlertid kan dette skje dersom oppholdet i mottakerstaten har vært av en viss varighet og barnet har etablert seg her, jfr. Haagkonvensjonen art. 12 (2). I Rt. 1993 s. 1082 var dette tilfelle. Mor reiste juni 1988 fra USA til Norge med barnet. Sak om foreldreansvar og daglig omsorg ble reist i 1990. På dette tidspunkt hadde barnet vært sammenhengende hos sin mor i Norge siden juni 1988. Avgjørende blir da den aktuelle bopel, og ikke barnets bosted ved saksanlegget (i 1988). Etter den lange tid som var gått siden barnet kom til Norge, var det utvilsomt at barnet hadde ervervet bopel her.

#### 4.2 Den praktiske fremgangsmåte for gjenværende forelder

Dersom den andre involverte staten også er part i Haagkonvensjonen, skal den gjenværende forelder via advokat<sup>57</sup> ta kontakt med sentralmyndigheten<sup>58</sup> i det land barnet er bortført fra.<sup>59</sup> Denne tar så kontakt med sentralmyndigheten i det land barnet er bortført til. Sentralmyndighetenes rolle er å formidle søknaden om tilbakelevering, samt annen informasjon til den instans som skal avgjøre søknadene. Dette er som regel en domstol.

---

<sup>57</sup> Det er ikke påkrevet med advokatbistand for å få søknaden behandlet, men erfaringsmessig er det en stor fordel.

<sup>58</sup> I Norge er dette Justisdepartementet ved Sivilavdelingen.

<sup>59</sup> Konvensjonen hindrer ikke søkeren i å kontakte sentralmyndigheten i det landet barnet befinner seg i direkte.

## 5 Haag-konvensjonens unntaksbestemmelser

Konvensjonen, og barnebortføringsloven, inneholder unntak fra tilbakeleveringsplikten. Disse kommer til anvendelse når barn – etter domstolens skjønnsvurdering – ikke skal tilbakeleveres til den stat hvor den gjenværende er. Dette vil si at selv om vilkårene for nektelse av tilbakelevering er til stede, er det opp til domstolens vurdering om tilbakelevering likevel skal skje. Det er i praksis unntaksbestemmelsene det som oftest blir prosedert på i saker om tilbakelevering. Dette er en naturlig følge av at rettsutviklingen og rettspraksis har slått fast innholdet og rekkevidden av de absolutte vilkår i Haagkonvensjonen. Rettstilstanden her er tilnærmet avklart og ”det er lite å hente” på nye tolkninger og anvendelsesområder av disse. Forutberegneligheten på dette området er stor. Det er bortføreren som har bevisbyrden for at situasjonen faller inn under en unntaksbestemmelse.

### 5.1 Oversikt over unntaksbestemmelsene

Konvensjonens art. 13 har seks grunner for å nekte tilbakeføring.<sup>60</sup> Disse grunnene, sammen med det som bestemmes i art. 12 (2) og art. 20 er uttømmende og utgjør samlet barnebortføringsloven § 12. Alle punktene i § 12 er utslag av at det skal tas hensyn til barnet og hva som er barnets beste. Dette er en følge av det kompromiss mellom en ”svak” og ”sterk” konvensjon som ligger til grunn for unntaksbestemmelsene.<sup>61</sup> Jfr. Ot.prp. 52 (1987-88) heter det at både Europaråd-og Haagkonvensjonen gir grunnlag for at det blir tatt tilstrekkelig hensyn til barnets beste når begjæringer om anerkjennelse, tvangsfullbyrding og tilbakelevering skal behandles. Men beviskravet er et annet enn etter barnets beste-vurderingen i barnefordelingssaker og barnevernsaker. En tilbakeføring må være klart uheldig og en klar sannsynlighetsovervekt for dette må legges til grunn.

---

<sup>60</sup> Thue s. 477.

<sup>61</sup> Se om ”svak” og ”sterk” konvensjon i pkt. 5.1.4.

Det er også gitt generelle uttalelser om praktiseringen og tolkningen av unntaksbestemmelsene i Pérez-Vera rapporten.<sup>62</sup> Disse skal underlegges en streng tolkning ”if the Convention is not to become a dead letter”.<sup>63</sup> Hele konvensjonen hviler både på en enstemmig avvisning av ulovlig internasjonal barnebortføring og på en overbevisning om at den beste måten internasjonalt å komme dette fenomenet til livs på, er å nekte bortføringene juridisk anerkjennelse. Den praktiske anvendelse av disse prinsipper fordrer at medlemsstatene, til tross for ulikheter, anerkjenner at de via Haagkonvensjonen, er del av det samme rettssystem. Dette innebærer i en konkret sak, at en medlemsstat anerkjenner bostedslandets myndigheter som rette instans til å behandle en omsorgssak. Ved undertegnelse av avtalen har medlemsstatene vist tillit til de andre landenes rettssystemer - at tilbakelevering til disse landene er forenlig med hensynet til barnets beste.<sup>64</sup>

Tilbakeføring kan nektes a) hvis den som krever det faktisk ikke utøvde foreldreansvaret,<sup>65</sup> b) når den som har foreldreansvaret har samtykket i bortføringen eller tilbakeholdelsen,<sup>66</sup> c) senere samtykker, d) når det er alvorlig risiko for at en tilbakeføring vil påføre barnet fysisk eller psykisk skade, eller e) tilbakeføring av annen grunn kan være utilrådelig, eller f) når barnet selv motsetter seg tilbakelevering hvis det har nådd en slik modenhetsgrad som gjør det naturlig å ta hensyn til dets mening. Videre kan tilbakelevering nektes dersom det vil være uforenlig med de menneskerettslige grunnverdier i tilbakeleveringsstaten, jfr. art. 20. Det støter eksempelvis an mot menneskeverdet å tilbakeføre et barn mot dets vilje, hvis det selv må ansees i stand til å bestemme. Art. 20 er lite brukt ved siden av art. 13.

---

<sup>62</sup> Side 434.

<sup>63</sup> Som nevnt i pkt. 1.3 er konvensjonens formål en viktig tolkningsfaktor.

<sup>64</sup> Ved at Norge ikke godkjenner Thailands tiltredelse til konvensjonen jfr. art. 38, skyldes dette nettopp slik manglende tillit.

<sup>65</sup> I barnebortføringsloven er dette satt som en betingelse for tilbakeføring og ikke som i konvensjonen en begrensning av tilbakeføringsplikten (unntak).

<sup>66</sup> Samtykketilfellene er ikke uttrykkelig nevnt i loven, men dekkes etter norsk rett forutsetningsvis av ulovlighetskravet i barnebortføringsloven § 11 (2).

### 5.1.1 Mer enn 1 år er gått og barnet har fått miljømessig tilknytning

Art. 12 (1) statuerer tilbakeleveringsplikt dersom saken er innledet hos den juridiske eller administrative myndighet i mottakerstaten mindre enn ett år etter at den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted. At det er gått mindre enn ett år taler imot at barnet har funnet seg til rette i det nye miljøet. Tilbakeleveringsplikt gjelder med mindre situasjonen faller inn under en av unntaksbestemmelsene i art. 13.<sup>67</sup> Bestemmelsen i art. 12 (2) sier at tilbakeføring også skal skje i de tilfellene det er mer enn ett år siden fremsettelse av tilbakeleveringssøknaden, med mindre barnet har fått en så sterk tilknytning til det nye oppholdsstedet at en tilbakelevering likevel ikke bør skje. Dette tilsvarer miljøskifte hensynet i barnefordelingssaker. Hensynet til status quo blir ofte tillagt vekt i barnets beste-vurderingen i norsk rettspraksis. Men konvensjonens vilkår er strengere enn den vanlige barnets beste-vurderingen. Det er et absolutt vilkår at det må ha gått mer enn ett år etter bortføringen og at det godtgjøres at barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø.<sup>68</sup>

Barnebortføringsloven har tilsvarende regel tatt inn i § 12 a). Det må tas hensyn til betydningen av stabilitet i barnets tilværelse også i tilfellene med ulovlig bortføring. Her følger hovedregelen i art. 12 (1) om rask tilbakelevering innen ett år etter bortføring/tilbakeholdelse av en antitetisk tolkning av bestemmelsen.

Etter konvensjonens og lovens bestemmelser går her hensynet til barnets beste foran den gjenværendes rett til foreldreansvar. Dersom den gjenværende har ventet ett år etter bortføring/tilbakeholdelse før begjæring om tilbakelevering blir fremsatt, kan hensynet til barnets tilpasning og stabilitet få forrang fremfor å respektere den annens rett til foreldreansvar. Det kan vel også ofte legges den gjenværende til last at tilbakeleveringsbegjæring ikke er fremsatt før etter ett år. Vedkommende er jo ikke avhengig av formell avgjørelse for å fremme et tilbakeleveringskrav. Unnlatelsen kan også betraktes som et stilltiende samtykke til barnets nye bosted. Videre blir det i disse tilfellene, av hensyn til barnets rett til stabilitet, sett bort fra at barnets nye miljø er etablert ved en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse.

---

<sup>67</sup> Pérez-Vera s. 459.

<sup>68</sup> Kvisberg s. 123.



Bestemmelsen fastsetter ingen retningslinjer for hvordan en skal bevise om barnet har etablert slik miljømessig tilknytning. Det logiske synes å være å pålegge bortfører eller den som motsetter seg tilbakelevering bevisbyrden.<sup>69</sup> Det er denne som har barnet hos seg og som er nærmest til å kunne uttale seg om dette. Likevel har i siste instans domstolene og de administrative myndigheter diskresjonær myndighet med hensyn til tilbakelevering av barnet.

Det avgjørende ved å fastslå om barnet har funnet seg til rette på sitt nye bosted, må være om barnet har knyttet bånd til andre enn bortføreren. En engelsk dom behandler spørsmålet om hva som skal til for at barnet skal anses å ha funnet seg til rette.<sup>70</sup> I dette ligger mer enn vanlig tilpassing til omgivelsene. Dommeren uttaler at "settled" må leses ut fra sin naturlige språklige betydning. Dette relaterer seg til både en fysisk og en psykisk tilknytning. Det første innebærer at en er etablert i lokalsamfunnet. Det siste innebærer en følelsesmessig trygghet, tilhørighet og stabilitet. Videre omfatter et nytt miljø stedet selv, et hjem, skole, mennesker, venner, aktiviteter og muligheter/fremtid. Om bortføreren selv anses etablert i det nye miljø er irrelevant.

I *Re H.* ble det videre anført om spørsmålet om tilknytning, at dette skal vurderes på det tidspunkt saken ble innledet.<sup>71</sup> Grunnene til at saken er blitt forsinket, altså at tilbakeleveringsbegjæring ikke ble fremsatt før etter at ett år var gått, er også relevante. Her hadde mor bodd sammen med to av barna i en annen del av Australia enn far og et tredje barn. Mor drar til England i april 1998 med de to barna, uten fars viten. Først i desember 1998 får far vite om oppholdet i England. Far får deretter gal juridisk rådgivning og først i september 1999 får han innledet saken etter Haagkonvensjonen. Moren hadde ikke oppgitt den nye adressen i England og heller ikke informert barnas skole om flyttingen. Det blir fastslått, med henvisning til tidligere rettspraksis, at bortføreren ikke kan vinne rett ved å gå i dekning, for på den måten å forhale tiden slik at kravet om miljømessig tilknytning til slutt blir oppfylt etter art. 12 (2). Det yngste barnet hadde på denne bakgrunn ikke bosatt

---

<sup>69</sup> Pérez-Vera s. 459.

<sup>70</sup> *Re Novak (Minors)* December 4, 1990. Hentet fra Davis s. 23.

<sup>71</sup> *Re. H (Abduction: Child of 16)*, High Court (England), 14 February 2000, [2000] 2 FLR 51; [2000] 3 FCR 404; [2000] Fam Law 530.

seg i England og ble tilbakeført til Australia. Det eldste barnet var 16 år og utenfor konvensjonens virkeområde.

Bortføreren kan som regel være med barnet ved en eventuell tilbakeføring. Dersom det skulle være umulig for bortføreren å være med barnet tilbake, for eksempel grunnet oppholdstillatelse eller økonomi, må barnets forhold til vedkommende forelder vurderes som en del av det miljøet barnet har funnet seg til rette i. Dersom det er et stabilt og godt forhold mellom barn og bortfører, skal det nok mye til å pålegge tilbakeføring i slike tilfeller.<sup>72</sup> Videre vil språket være av betydning. Dersom barnet har tilegnet seg et nytt språk i løpet oppholdet i det nye landet, kanskje på bekostning av det gamle språket, vil ofte tilbakeføring bli nektet. Det kan innvendes at barn har en utrolig læringsevne når det gjelder nye språk. Å gjenoppta sitt gamle språk er kanskje ikke så problematisk. Det fremste hensynet er likevel at barn ikke på nytt skal rives opp fra sitt miljø.

#### 5.1.2 Foreldreansvaret faktisk ikke utøvet

Tilbakeføring kan nektes dersom bortføreren kan påvise at den gjenværende ikke utøvde foreldreansvaret når bortføring eller tilbakeholdelse fant sted. Denne regelen er oppstilt som en selvstendig unntaksregel i art. 13 (1) a). Men vilkåret er også nedfelt i hovedregelen i art. 3, som ett av to vilkår for at foreldreansvar skal foreligge.<sup>73</sup> Som nevnt i pkt. 4.1.2.2, er forskjellen på disse to reglene hvem som har bevisbyrden for at faktisk utøvelse foreligger eller ikke.

Konvensjonen definerer ikke hva som ligger i ”faktisk utøvelse” av foreldreansvaret.<sup>74</sup> Ordlyden i art. 13 (1) a) sier imidlertid klart at dette dreier seg om omsorgen for barn. Dersom en sammenligner bestemmelsen med definisjonen av foreldreansvar i art. 5 a), ser en at foreldreansvaret blir utøvet i samsvar med konvensjonens regler, dersom innehaver av foreldreansvaret tar del i omsorgen for barnets person. En kan ta del i slik omsorg selv om vedkommende forelder og barn ikke bor fast sammen. Det er heller intet vilkår at daglig omsorg blir utøvet. Det følger av dette at avgjørelsen om foreldreansvaret faktisk er

---

<sup>72</sup> Kvisberg s. 126.

<sup>73</sup> Se nærmere om art. 3 i pkt. 4.1.2.

<sup>74</sup> Pérez-Vera s. 461.

utøvd eller ikke, må avgjøres konkret i den enkelte sak. Videre ligger det samme forbehold i denne unntaksbestemmelsen som i hovedregelen i art. 3, om at skyldes manglende faktisk utøvelse selve den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelsen, skal ikke dette legges den gjenværende til last. Dette forhindrer ikke en eventuell tilbakelevering. Se Rt. 1997 s. 1879 i pkt. 4.1.2.2. Presumsjon for faktisk utøvelse av foreldreansvaret ble her fastslått. Det foreligger ellers lite rettspraksis hvor dette vilkåret er påberopt.

Kvisberg hevder at vilkåret om faktisk utøvelse antagelig representerer et unntak fra domstolens diskresjonære myndighet.<sup>75</sup> Etter art. 3 er dette et absolutt vilkår for at foreldreansvar kan foreligge. Er ikke dette tilfelle, er intet foreldreansvar krenket og bortføringen eller tilbakeholdelsen er ikke ulovlig. Da oppstår heller ingen tilbakeleveringsplikt etter art. 12 (1). Det riktige blir derfor å anse faktisk utøvelse av foreldreansvaret som et absolutt vilkår. Er ikke dette oppfylt skal tilbakeleveringskravet avslås. Dette er uansett tilfelle etter hovedregelen i barnebortføringsloven § 11 hvor vilkåret om faktisk utøvelse som nevnt er tatt inn som et vilkår for tilbakelevering ("skal" i lovteksten).

Barnebortføringsloven har ikke regelen om faktisk utøvelse som egen unntaksbestemmelse. Vilket er fastsatt som en betingelse for tilbakeføring i hovedregelen i § 11.<sup>76</sup> Realiteten er den samme, selv om det lovteknisk er valgt ulike løsninger.

### 5.1.3 Samtykke

Videre inneholder art. 13 (1) a) et unntak fra tilbakeleveringsplikten dersom søkeren har samtykket eller senere har godtatt bortføringen/tilbakeholdelsen i ord eller handling. Et samtykke i denne forstand er avhengig av at den gjenværende er klar over at bortføreren foretar en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse. Dette illustreres i sak *Re A*.<sup>77</sup> Foreldrene var skilt og bodde i Australia. Far hadde samværsrett. I 1991 tok mor barna med til England for deretter å informere far. Faren skrev så til moren at han regnet med at moren var klar over at bortføringen var ulovlig, men at han ikke aktet å foreta seg noe.

---

<sup>75</sup> Kvisberg s. 119.

<sup>76</sup> Se behandlingen av § 11 i pkt. 4.1.2 og 4.1.2.2.

<sup>77</sup> *Re A (Minors) (Abduction: Custody Right)* [1992] 2 W.L.R. 536, C.A. Hentet fra Davis s. 47.

Deretter startet han prosessen med tilbakeleveringsbegjæring etter Haagkonvensjonen. Til tross for flere telefonsamtaler med mor og barn i England unnlot han å informere om at han hadde startet slike rettslige skritt. Retten fant at faren hadde samtykket i flyttingen til England, da han tilkjennega at han var klar over at det forelå en ulovlig bortføring, men ikke ville gjøre noe. Det var da uten betydning for ”gyldigheten” av samtykket at han deretter begjærte tilbakelevering.

Det understrekes at slikt samtykke er noe annet enn samtykke til for eksempel en feriereise for et bestemt tidsrom, hvor unnlatt retur blir en ulovlig tilbakeholdelse.<sup>78</sup> Det må i slike tilfelle da foreligge et ”nytt samtykke” til tilbakeholdelsen.

Barnebortføringsloven har ingen uttrykkelig bestemmelse om samtykke. Dette ligger forutsetningsvis i § 11 (2) om bortføringen/tilbakeholdelsen er ulovlig eller ikke.

Både uttrykkelig samtykke (aktivt) og stilltiende samtykke (passivt) rammes av bestemmelsen. Passivitet omfattes ut i fra hensynet til barnets rett til ro og stabilitet, og pålegger gjenværende en handlingsplikt for å kunne gjenopprette den faktiske tilstand. Grensen mellom aktivt og passivt samtykke har blitt karakterisert som et spørsmål om tidspunkt.<sup>79</sup> Aktivt samtykke kommer i tid før bortføringen/tilbakeholdelsen. Passivt samtykke kommer i etterkant.

Aktivt samtykke fordrer et klart og utvetydig uttrykk i ord eller handling, og innebærer en godkjennelse av at barnet flytter til et annet land.<sup>80</sup> Passivt samtykke er et resultat av ikke-handling under omstendigheter hvor det ville vært naturlig å forvente at gjenværende foretok seg noe. Dette betyr for eksempel at om den gjenværende er uvitende om bortføringen, grunnet geografisk avstand og sjeldne samvær i bostedslandet, vil ikke dette være passivt eller stilltiende samtykke.

---

<sup>78</sup> Davis s. 24.

<sup>79</sup> Beaumont s. 127.

<sup>80</sup> Beaumont s. 115.

I samtykketilfellene vil den gjenværendes handlinger kunne endre karakteren av bortførerens handlinger.<sup>81</sup> Foreligger samtykke er ikke bortføringen eller tilbakeholdelsen ulovlig. Det foreligger da ingen hjemmel for et tilbakeleveringskrav. Dette vil – etter en språklig tolkning - bli resultatet etter barnebortføringsloven, da vilkåret om samtykke forutsetningsvis ligger i kravet om ulovlighet. Kvisberg påpeker imidlertid at så lenge unntaket står i konvensjonen, har norske myndigheter i slike tilfeller ingen konvensjonsmessig forpliktelse til å sende barnet tilbake.<sup>82</sup> Den norske loven bør tolkes i samsvar med dette, altså at domstolen har diskresjonær myndighet.

I en kjennelse av Gulating lagmannsrett var spørsmålet om bortføringen av et barn fra USA til Norge var ulovlig etter barnebortføringsloven § 11 (2) a).<sup>83</sup> Mor hadde foreldreansvar og faktisk omsorg for barnet i USA. Retten uttaler at det ligger en rettsstridsreservasjon i bestemmelsen ved at bortføringen ikke anses ulovlig dersom samtykke foreligger. Her følger dommeren hovedregelen om at samtykke ikke gjør bortføringen ulovlig. Retten finner det bevist at det var avtalt mellom partene at far skulle ta datteren med til Norge. Det forelå både et aktivt og et passivt samtykke fra mors side. Det blir påpekt at mor ikke viste særlig stor aktivitet for å få barnet tilbakelevert, dersom hun mente at det var bortført. Ulovlig bortføring forelå ikke.

Etter Haagkonvensjonen har domstolen diskresjonær myndighet fordi regelen er statuert som en unntaksbestemmelse. Selv om passivt samtykke foreligger, kan domstolen likevel velge å pålegge retur av barnet til bostedslandet, da domstolen her er nærmere til å avgjøre omsorgsspørsmålet. Det kan tenkes at det foreligger unnskyldelige grunner for at den gjenværende ikke har foretatt seg noe. Vedkommende kan ha vært syk eller på annen måte vært forhindret.

Hvor aktivt samtykke foreligger, har domstolene vært tilbakeholdende med å utøve sin diskresjonære myndighet.<sup>84</sup> Så lenge aktivt samtykke er bevist, synes

---

<sup>81</sup> Pérez-Vera s. 461.

<sup>82</sup> Kvisberg s. 120.

<sup>83</sup> LG-1995-00931.

<sup>84</sup> Beaumont s. 131.

tilbakeleveringskravet summarisk å bli avvist. I saken *Re K.*<sup>85</sup> åpner dommeren imidlertid for at diskresjonær myndighet kan bli benyttet hvor slikt samtykke foreligger. Dommeren foretok en grundig gjennomgang av spørsmålet, men etter en helhetsvurdering ble likevel samtykket avgjørende. Dommeren ville ikke benytte sin diskresjonære myndighet til å tilbakeføre barnet. Begrunnelsen lå hovedsakelig i Haagkonvensjonens formål. Ved at tilbakelevering ikke skjer i samtykketilfellene, vil ikke undergrave konvensjonens formål. Her har den gjenværende gitt ”avkall” på retten til gjenopprettelse av den faktiske tilstand og gitt sin tilslutning til flyttingen. Hensynet til barnets stabilitet og ro veier også tungt. Jeg regner med at det kan være ulike omstendigheter rundt samtykkene. En kan tenke seg at gjenværende er truet eller lurt til å undertegne et skriftlig samtykke. Her ligger åpninger for domstolenes anvendelse av diskresjonær myndighet.

En slik påvirkning forut for samtykke ble hevdet i saken *Re O.*<sup>86</sup> Mor tok sønnen på 2 ½ år med til England den 28. august 1996. Dagen før hadde ekteparet signert en avtale om at moren kunne flytte til England med barnet. Far hevdet at han signerte avtalen fordi moren hadde truet med å ta livet av seg. Underforstått påstår han at det ikke foreligger et gyldig samtykke. Retten avviser påstand om at samtykke alltid må vurderes etter art. 13 (1) a). Hvis den gjenværende forelder innrømmer at han har samtykket, men hevder at samtykket er ugyldig grunnet svik, trusler eller annet, må han bevise at slikt ugyldig samtykke foreligger. Dette blir et spørsmål om samtykkets tilblivelse. I disse tilfellene skal saken behandles under art. 3 om ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse. Foreligger ugyldig samtykke er bortføringen ulovlig. Gjenværende har bevisbyrden. Er det derimot spørsmål om det foreligger et faktisk samtykke, skal dette vurderes etter art. 13 (1) a) og bevisbyrden faller på den som hevder at slikt samtykke foreligger. Tilbakeleveringskravet avvises fordi faren frivillig har samtykket til flyttingen. Han kan ikke bevise at ugyldighet foreligger.

---

<sup>85</sup> *Re K.* (Abduction: Consent) [1997] 2 FLR 212.

<sup>86</sup> In *Re O.* (Abduction: Consent and Acquiescence), High Court (England), 14 February 1997, [1997] 1 FLR 924, [1997] Fam Law 469.

#### 5.1.4 Alvorlig risiko for å påføre barnet fysisk eller psykisk skade

Jeg behandler her bestemmelsens materielle regler. Rettspraksis behandles i pkt. 5.2 da det foreligger et omfattende domsmateriale.

I praksis er det art. 13 (1) b), jfr. barnebortføringsloven § 12 b) som påberopes mest.

Tilbakelevering kan nektes dersom dette kan føre til alvorlig risiko for at barnet lider fysisk eller psykisk skade, eller til at barnet på annen måte settes i en stilling som ikke kan godtas.<sup>87</sup> Bestemmelsen består av tre separate deler: alvorlig risiko for fysisk skade, alvorlig risiko for psykisk skade, og den mer generelle kategori, alvorlig risiko for en annen situasjon som ikke kan godtas. Hver av situasjonene kan være et selvstendig grunnlag for å nekte en tilbakelevering. Likevel blir de av domstolene ofte behandlet som et samlet grunnlag.<sup>88</sup>

Unntaksregelen gir uttrykk for en kompromissløsning på Haagkonferansen mellom de stater som ønsket en ”sterk” konvensjon, eksempelvis USA, og de stater som ønsket en ”svak” konvensjon, bl.a. de nordiske land.<sup>89</sup> Selv om det er dette unntaket som minner mest om en barnets beste-vurdering, skal det ikke foretas noen selvstendig og omfattende vurdering av om barnets beste tilsier tilbakelevering eller ikke. Dette ville undergrave konvensjonens formål om en rask og effektiv tilbakelevering. Utgangspunktet er at vurderingen av barnets beste forutsettes å være foretatt/foretas i det landet der avgjørelsen er truffet/følger av lov.

Selv om denne unntaksbestemmelsen kan synes som den videste, i den forstand at bortføreren har flere grunnlag å påberope seg, er det uten tvil den strengeste. Utgangspunktet er at tilbakelevering skal skje og bortfører får sjelden medhold i påberopelsen av unntaket. Det skyldes nok dels bestemmelsens forhistorie, jfr. diskusjonen om en ”sterk” og ”svak” konvensjonen og det påfølgende kompromiss, og dels for effektivt å opprettholde konvensjonens formål om rask tilbakelevering. I tillegg ligger en

---

<sup>87</sup> Se pkt. 5.1.5.

<sup>88</sup> Beaumont s. 139.

<sup>89</sup> Den sterke konvensjonen innebærer en streng tilbakeleveringsplikt med få muligheter for unntak, mens den svake konvensjonen åpner for flere unntak begrunnet i hensynet til barnets beste.

begrunnelse i en frykt for at bestemmelsen skal bli utnyttet og således undergrave konvensjonen. En streng tolkning representerer også bedre forutberegnelighet.

I den endelige konvensjonsteksten ble vilkåret ”fysisk og psykisk skade” endret til ”fysisk eller psykisk skade”.<sup>90</sup> Dette utvider barnets beskyttelsesområde/domstolenes diskresjonære myndighet ved at hver av skadesituasjonene får selvstendig betydning.

Unntakene i art. 13 b) omhandler situasjoner hvor en retur til bostedslandet klart vil være i strid med barnets interesser.<sup>91</sup> Under konvensjonsforhandlingene ble det foreslått tatt med i teksten at dette unntaket ikke omfattet barnets økonomiske og utdanningsmessige utsikter. På grunn av kompromisset mellom ”sterk” og ”svak” konvensjon kom ikke dette med. Det er likevel gjeldende rett at disse situasjonene ikke omfattes av unntaksbestemmelsen. Dersom det påberopes at retur innebærer dårligere økonomiske eller utdanningsmessige forhold for barnet, vil ikke unntaksbestemmelsen komme til anvendelse.

Det må foreligge en alvorlig risiko for at noen av følgende i art. 13 (1) b) skal inntreffe. Her ble det også gjort språklige endringer. ”Substantial” risiko ble byttet ut med ”grave” risiko.<sup>92</sup> Dette ble gjort for å markere at alvorlig risiko er noe mer enn betydelig risiko. Dette er et skjerpene krav, som referer seg til bevisbyrden og bevisbedømmelsen. Det er på tidspunktet for avgjørelsen av tilbakeleveringskravet at juridisk eller administrativ myndighet skal avgjøre om det foreligger en alvorlig risiko for barnet. Det er antakelig ikke nødvendig at det må foreligge en umiddelbar risiko for skade for at unntaksbestemmelsen skal kunne anvendes. På den annen side kan den heller ikke relatere seg til en hypotetisk hendelse i fremtiden.<sup>93</sup>

Risikoen må være mer enn en alminnelig risiko og den skal ikke reduseres til å bli en vurdering av barnets beste. I alle tilfeller hvor et barn er bortført fra en forelder til en annen, vil det ligge en risiko for negativ påvirkning av barnet. Det mister kontakten,

---

<sup>90</sup> Beaumont s. 137.

<sup>91</sup> Pérez-Vera s. 461.

<sup>92</sup> Beaumont s. 137.

<sup>93</sup> Beaumont s. 141.



stabiliteten og det liv det ellers hadde før bortføringen fant sted. Likevel må det kreves noe mer enn en slik normal risiko for at unntaksbestemmelsen kan få anvendelse. Risikoen må være viktig og betydelig. Et eksempel på en alvorlig risiko vil være om det er fare for at det kan bryte ut borgerkrig i bostedslandet eller at dette allerede har skjedd. Det vil da være alvorlig risiko for at barnet utsettes for skade, både fysisk og psykisk.<sup>94</sup>

Risiko for alvorlig fysisk skade innebærer at barnet vil kunne bli utsatt for vold, mishandling eller seksuelle overgrep. Det stilles strenge krav til bevisførselen. Bortføreren må kunne bevise at barnet faktisk har blitt utsatt for fysisk skade i bostedslandet og at mottiltak ble satt i verk. Dersom påstandene om fysisk skade er nye, stilles det strengere krav til bortførers bevisførsel. Et eksempel er hvor en mor fremsatte påstander om alvorlig risiko for seksuelle overgrep ved tilbakeføring av barnet. Retten avviste dette, fordi mor før den ulovlige bortføringen hadde bodd sammen med faren og at hun heller ikke tidligere hadde anmeldt/rapportert forholdet om seksuelle overgrep. Retten fant ikke slik alvorlig risiko bevist og unntakshjemmelen kom ikke til anvendelse.<sup>95</sup>

Det må poengteres at det ved en retur kan settes i verk ulike tiltak som kan sikre barnet. Bortfører kan bli med tilbake, tilsynsordninger opprettes, overvåkede samværsordninger osv. Den gjenværende forelder kan også gå med på frivillige ordninger for å få barna hjem. Dette kan for eksempel være tilsyn ved samvær eller at han lar mor og barn få bo i deres felles hjem, mens han selv flytter ut.

En eventuell psykisk skade må også være betydelig, og det må foreligge mer enn normal risiko for dette. Bevisene må være klare og uomtvistelige. I motsetning til de mer objektive kriterier for å påvise fysisk skade, gir de subjektive og ”umerkelige” psykiske skader og lidelser et tilsynelatende større spillerom for bortfører ved påberopelse av disse.<sup>96</sup> Bestemmelsen skal imidlertid også her underlegges en streng fortolkning. Bevisførselen kan være vanskelig sett i lys av de eventuelle skaders natur. Bevisene kan i noen saker bare være en ubekreftet redegjørelse eller uttalelse fra bortføreren. I andre saker kan det i tillegg foreligge detaljerte rapporter fra fagfolk, eksempelvis psykologer og psykiatere.

---

<sup>94</sup> Davis s. 25.

<sup>95</sup> Hentet fra Beaumont s. 142.

<sup>96</sup> Beaumont s. 144.

Rettspraksis viser at det er lite å hente for bortfører dersom det ikke også blir fremlagt sakkyndige rapporter. At det blir fremlagt slike rapporter er imidlertid ingen garanti for medhold. Etter engelsk rettspraksis blir slike uttalelser av sakkyndige kun tillatt fremlagt i de alvorligste tilfellene. Dette begrunnes i konvensjonens formål om rask tilbakelevering av ulovlig bortførte barn. Fremleggelse av slike rapporter vil forsinke saken.

Det blir ofte påstått psykisk skade dersom barnet må skilles fra bortføreren, særlig i de tilfellene denne har vært hovedomsorgsperson. Ofte er det nettopp bortføreren nektelse av å være med tilbake som innebærer den psykiske belastningen for barnet. I en engelsk sak uttalte dommeren seg klart om dette: Det er mors plikt å følge sønnen tilbake til Canada, for om mulig å redusere ytterligere påkjenninger barnet vil bli påført.<sup>97</sup> Denne kompromissløse uttalelsen er senere lagt til grunn for engelsk rettspraksis.

Dersom bortføreren ikke ønsker å være med tilbake, finnes ingen hjemmel for å pålegge ham det. Men som oftest vil vedkommende gjøre det av hensyn til barnet. En annen grunn er at det vil stille ham i et dårlig lys i den senere foreldreansvarssaken, dersom han sendte barnet tilbake alene til tross for påstander om alvorlig risiko for psykiske problemer.<sup>98</sup>

Et annet moment som kan være avgjørende for domstolen for å nekte tilbakeføring, kan være barnets intuitive oppførsel og personlighet. Dette omhandler konkret vurdering og observasjon av det enkelte barn; hvordan barnet preges av sin fortid og hvordan det reagerer ved snakk om en eventuell retur til gjenværende. Ved at barnets mening blir vektlagt, kan dette sammenlignes med barnets rett til å uttale seg etter art. 13 (2).

#### 5.1.5 Annen situasjon som ikke kan godtas

Dette skal vurderes objektivt. Under konvensjonsforhandlingene ble det foreslått å erstatte ”intolerable” med ”unacceptable” situasjon. Dette ble nedstemt, da det ville føre til en mer subjektiv vurdering av hva som ville være en uakseptabel situasjon. Man fant det viktig å tilføre tillegget ”eller annen situasjon som ikke kan godtas”, for på denne måten å utvide anvendelsesområdet. Dersom for eksempel en mor reiste fra en mann som mishandlet

---

<sup>97</sup> Re A. (A Minor)(Abduction) [1988] 1 FLR 365. Hentet fra Beaumont s. 145-146.

<sup>98</sup> Kvisberg s. 136.

henne, ville dette falle inn under betegnelsen, selv om det ikke var noen umiddelbar fare for fysisk eller psykisk skade på barnet.

Denne situasjonen er også underlagt en streng fortolkning. Det skal mye til for å anse en situasjon som så vanskelig at den ikke kan godtas. Det er ikke tilstrekkelig å ta hensyn til omstendigheter eller følelser som umiddelbart følger den eventuelle tilbakeføringen. Det må være en vedvarende alvorlig situasjon som ikke kan godtas. At barnet får en dårligere levestandard materielt og økonomisk sett ved en tilbakeføring, er ikke tilstrekkelig for å oppfylle unntaksbestemmelsen.

Å dele en søskenflokk faller inn under dette alternativet. Det kan være tilfellet i en sak hvor eldre søsken blir hørt og de motsetter seg retur. Dersom yngre søsken da likevel skulle tilbakeføres, ville dette utsette dem for psykiske påkjenninger og en situasjon som ikke kan godtas.

#### 5.1.6 Barnets mening

Haagkonvensjonen art. 13 (2), jfr. barnebortføringsloven § 12 c) gjør unntak fra tilbakeleveringsplikten dersom barnet motsetter seg dette, og dets alder og modenhet gjør det naturlig å ta hensyn til barnets mening. Dette er i samsvar med FN Barnekonvensjon og ellers norsk rett.<sup>99</sup> I Barnekonvensjonens art. 12 nr. 1 er det fastsatt at barn som er i stand til å danne egne synspunkter skal ha rett til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og at barnets synspunkter skal gis behørlig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

Bestemmelsen må sees som en viktig modifikasjon i plikten til tilbakelevering. Dette er et utslag av prinsippet om å legge vekt på det som er til barnets beste, samt å respektere barns rettigheter. Det er likevel grunn til å poengtere at heller ikke her legger Haagkonvensjonen opp til noen barnets beste-vurdering. Det kreves noe mer enn i en vanlig barnefordelingssak, jfr. uttrykket ”motsetter seg”.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> FN's konvensjon om barnets rettigheter av 1989.

<sup>100</sup> Kvisberg s. 127.

Barnet får på denne måten mulighet til å forklare og uttale seg om sine interesser.<sup>101</sup>

Barnet har en rett til å bli hørt, men ingen plikt til å uttale seg. Det skal også vises varsomhet med å utspørre yngre barn, som raskt kan komme i en lojalitetskonflikt. De kan få forståelsen av at de skal velge mellom foreldrene. Det er likevel påkrevet å ha en slik bestemmelse fordi konvensjonen gjelder for alle barn under 16 år. Det er vanskelig å tenke seg at en 15-åring som motsetter seg retur, ville bli sendt tilbake mot dets vilje. Under konvensjonsforhandlingene ble det gjort forsøk på å fastsette en nedre aldersgrense for barn som skulle bli hørt. Enighet ble ikke oppnådd, da enhver alder syntes kunstig og vilkårlig. Det beste syntes å være å la de kompetente myndigheter ha diskresjonær myndighet med hensyn til anvendelsen av bestemmelsen. Det er altså opp til den enkelte dommer å avgjøre om barnet skal høres og hvilken vekt deres uttalelser gis. Det er avgjørende om domstolen/juridisk myndighet selv finner at barnet motsetter seg retur. Modenhet og utvikling er svært individuelle tilstander og må vurderes konkret for hvert enkelt barn.

For norske domstoler er det naturlig å ta utgangspunkt i barneloven § 31 annet ledd om at alle barn over 12 år skal høres. Det foreligger et endringsforslag om at aldersgrensen skal senkes til 7 år for å styrke barns rettigheter etter Barnekonvensjonen. Det er opp til rettens skjønn å avgjøre om yngre barn skal høres. Det er imidlertid praksis i flere konvensjonsstater for å høre langt yngre barn, helt ned til 6 års alder. Det er derfor i Rundskrivet uttalt at det veiledende utgangspunkt er at barn fra 7 år bør høres før det blir truffet avgjørelse om tilbakeføring.<sup>102</sup>

Det har i rettspraksis vært et spørsmål om domstolen av eget tiltak skal innhente barnets mening eller om dette skal bringes frem for dommeren av sakens parter. I mangel av retningslinjer har det bl.a. i England eksistert en formodning om at dette er bortførers ansvar. Denne er nærmest til å vite om barnets mening bør tas i betraktning eller ikke. Problemet er at bortfører ikke kan forventes å være objektiv. Barnet og bortfører kan ha motstridende interesser og da er det viktig at barnet høres uavhengig av bortfører.

---

<sup>101</sup> Pérez-Vera s. 433.

<sup>102</sup> Rundskrivet s. 54.

En må samtidig ved vurdering av barnets uttalelser ta høyde for eventuell påvirkning fra foreldrene.

Et eksempel på at mor og barn hadde ulike interesser viser saken *Re M.*<sup>103</sup> Mor gikk med på en avtale om at de to sønnene skulle sendes tilbake til far i Australia fordi det ville være det beste for barna. En tilbakeføring ble besluttet, men guttenes innvendinger ble ikke lagt frem for dommeren. Særlig den eldste på 11 ½ år hadde sterke motforestillinger mot retur. På flyet tilbake til Australia satte de seg til motverge og forsøkte å åpne en dør mens flyet gjorde seg klar til take-off. Det uttales at art. 13 (2) ikke pålegger dommeren automatisk plikt til å høre barn. Saken viser hvor viktig det er å foreta en selvstendig vurdering av barns meninger.

Det er mange fordeler ved å undersøke barnets mening før en eventuell retur blir bestemt. Man vil for det første unngå situasjoner som i dommen ovenfor samt at en slik praksis vil være i overensstemmelse med Barnkonvensjonen.<sup>104</sup> Likevel er engelske domstoler tilbakeholdne med å foreta en selvstendig vurdering av barnets mening bare fordi spørsmålet er blitt reist av en av partene. I saken *Re G.* hadde dommeren avslått en forespørsel om å høre en 9 år gammel gutt.<sup>105</sup> Avgjørelsen ble anket. Ankesdomstolen avviste anken og viste til at dommeren i den første saken hadde diskresjonær myndighet med hensyn til om barnet skulle høres. Han hadde uttalt at barnets uttalelser ville være ”non-productive”, og ankesdomstolen kunne ikke prøve dette skjønnnet. Ved at dommeren har diskresjonært skjønn i dette spørsmålet unngås at art. 13 (2) blir brukt til forsinkelse av saken av taktiske grunner.

Barnebortføringsloven § 17 pålegger retten å gjøre seg kjent med barnets oppfatning så sant dette ikke er umulig. Det betyr at domstolene på eget initiativ må finne ut om så er tilfelle.<sup>106</sup> Dette er retningslinjer som norske domstoler skal følge i behandlingen av barnebortføringssakene. Her skiller norsk og engelsk rettspraksis lag. Jeg har ikke funnet tilstrekkelig materiale etter norsk rettspraksis for å kunne fastslå at disse retningslinjene

---

<sup>103</sup> *Re M. (A Minor)(Child Abduction)* [1994] 1 FLR 390. Hentet fra Beaumont s. 181.

<sup>104</sup> Beaumont s. 182.

<sup>105</sup> *Re G. (A Minor)(Abduction)*, [1989] 2 FLR 475. Hentet fra Beaumont s. 182.

<sup>106</sup> Kvisberg s. 128.

blir fulgt. Men det er grunn til å tro at dette blir gjort da det er hjemlet i barnebortføringsloven. En sak som muligens kan bekrefte dette er en kjennelse av Gulatings lagmannsrett.<sup>107</sup> Her ble det etter anke fastslått av Høyesteretts kjæremålsutvalg at det også burde vært ført sakkyndige vitner for lagmannsretten, som det hadde vært gjort i namsretten. Saken ble hjemvist til lagmannsretten. De sakkyndige vitnene skal tolke og videreformidle barnets mening i saken. At dette ble påpekt som en feil kan være et utslag av at plikten i barnebortføringsloven § 17 ikke var blitt fulgt. I saken ble barnets ønske om ikke å bli utlevert tatt hensyn til, selv om barnet var påvirket av moren. 10-åringens oppfatning var bastant, og utlevering i strid med barnets ønske var frarådet av den sakkyndige.

Unntaksbestemmelsen i art. 13 (2) kan ofte komme opp i saker om fysisk eller psykisk skade i art. 13 (1) b). Bestemmelsene er uavhengige av hverandre. Dersom vilkåret om alvorlig risiko for skade ikke anses oppfylt og barnet motsetter seg retur, kan tilbakeføring nektes med hjemmel i art. 13 (2). I saken *Re H.B.* var dette tilfelle, selv om det ble et motsatt resultat.<sup>108</sup> To barn på 13 og 11 ½ år ble begjært utlevert til mor i Danmark. Alvorlig risiko for fysisk og psykisk skade ved retur til mor og stefar ble ikke funnet bevist. Begge barna hadde sterke motforestillinger mot retur og deres alder og modenhet tilsa at de burde høres. Det ble uttalt at barnas motforestillinger må veies opp mot konvensjonens formål. Den eldste sønnens uttalelser ble tillagt stor vekt på grunn av modenhet og fasthet i innvendingene. Den yngste datterens uttalelser ble ikke tillagt vekt på bekostning av konvensjonens formål. Da søsken ikke bør skilles, ble det besluttet å tilbakeføre begge barna. Her ser man et eksempel på at konvensjonens effektivitet går foran barnets beste. Resultatet kunne vel så gjerne blitt det motsatte, nemlig at begge barna ble værende i England på grunn av sønnens motstand mot tilbakeføring.

Dersom barnets motforestillinger innebærer at det ikke vil skilles fra bortføreren, vil dette ikke bli vektlagt. I saken *N. v. N.* ble den sakkyndiges uttalelser vektlagt om at barna ikke motsatte seg retur til Australia, men at realiteten var at de ikke ønsket å skilles fra moren. Forutsatt at moren ble med tilbake, ble tilbakeføring bestemt.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> LG-1997-00623.

<sup>108</sup> *Re H.B. (Abduction: Children's Objections)*. High Court (England). [1997] 1 FLR 392.

<sup>109</sup> *N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence)*, High Court (England), 6 June 1994, [1995] 1 FLR 107.

### 5.1.7 Tilbakelevering er i strid med grunnleggende prinsipper i mottakerstaten – Art. 20

Tilbakelevering kan nektes dersom det ikke ville være tillatt etter de grunnleggende prinsipper i mottakerstaten om vernet av menneskerettigheter og de grunnleggende friheter. Det ligger her en henvisning til grunnlov og lov i mottakerstaten, men også til internasjonale konvensjoner som har lovs kraft.

Bestemmelsen må sees som en sikkerhetsventil, inntatt som et kompromiss da det var uenighet om konvensjonen skulle inneholde en vanlig ordre public-klausul. Dette gjaldt igjen striden mellom en ”sterk” og ”svak” konvensjon. Bestemmelsen har derfor begrenset rekkevidde og er lite brukt i praksis ved siden av art. 13.<sup>110</sup> Art. 20 har vært påberopt i flere saker, ofte i tillegg til art. 13 (1) b), men er blitt avskåret og argumentene henvist til en barnets beste-vurdering i en senere foreldreansvarssak.<sup>111</sup>

Bestemmelsen, som tilsvarer barnebortføringsloven § 12 d), tar sikte på mer ekstreme situasjoner, hvor det kommer inn helt andre forhold enn i normaltilfellene. Det kan dreie seg om krigstilstand eller hungersnød i det landet barnet skal tilbakeleveres til, eller en politisk situasjon hvor regimet gjør seg skyldig i grove brudd på menneskerettighetene. Bestemmelsen sikrer at barnets fundamentale menneskerettigheter skal bli ivaretatt.

## 5.2 Særlig om rettspraksis etter Haagkonvensjonen art. 13 (1) litra b), jfr. barnebortføringsloven § 12 litra b)

### 5.2.1 Alvorlig risiko

Spørsmålet om hva som ligger i alvorlig risiko har flere ganger vært oppe i rettspraksis. I saken *Re A.* ble det fastslått at risikoen måtte være vektig og betydelig for at tilfellet kunne falle inn under art. 13 (1) b).<sup>112</sup> Barnet var ulovlig tatt med til England, far begjærte tilbakelevering til Canada. Mor påberopte seg unntaksregelen i art. 13 (1) b). Hun fikk ikke medhold da retten uttalte at det måtte foreligge en vektig og betydelig risiko for at barnet

---

<sup>110</sup> Rundskriv et s. 34-35.

<sup>111</sup> Kvisberg s. 141.

<sup>112</sup> *Re A. (A Minor) (Abduction)* (1988) 18 Fam.Law 55; [1988] 1 F.L.R. 365. Hentet fra Davis.

skulle påføres fysisk eller psykisk skade. Videre ble det uttalt at en slik eventuell skade måtte være betydelig. Dette var ikke oppfylt og dommeren hadde da ingen diskresjonær myndighet. Dommeren hadde tatt med i vurderingen de praktiske konsekvenser av barnets eventuelle retur. Det ble uttalt at slike hensyn var relevante og skulle tillegges vekt i denne vurderingen.

Engelsk rettspraksis har oppstilt to situasjoner hvor det kan foreligge en alvorlig risiko i samsvar med Haagkonvensjonen.<sup>113</sup> For det første vil det være hvor en kan bevise at aktuell fare for skade foreligger. For det andre foreligger bare en alvorlig risiko dersom de aktuelle følger etter art. 13 (1) b) ikke kan avverges på en forsvarlig måte. Et eksempel på det første er hvor barnet blir satt i alvorlig fare før avgjørelsen om foreldreansvaret kan finne sted. Dette er tilfelle hvor barnet blir tilbakeført til land med krig, annen indre uro, sult, andre naturkatastrofer eller sykdom. En tilbakeføring til Hong Kong hvor SARS-viruset fortsatt ikke er under kontroll, utgjør en alvorlig risiko. Et eksempel på det siste kan være at bortfører blir med barnet til hjemlandet, slik at barnet ikke behøver å være hos den som kan utsette det for skade.

Norsk rettspraksis har fulgt opp den engelske rettspraksis. I en lagmannsrettsdom finner vi et eksempel på en situasjon hvor alvorlig risiko ikke forelå fordi skadevirkningene kunne avverges.<sup>114</sup> Mor hadde ulovlig bortført to barn fra USA til Norge. Far krevet utlevering etter Haagkonvensjonen, men mor påberopte seg at det var alvorlig risiko for at barna ville bli påført fysisk og psykisk skade ved tilbakelevering fordi far hadde rusmiddelproblemer. Etter rettens bevisbedømmelse var det usikkert hvilket omfang dette misbruket hadde. Retten la vekt på at faren aldri hadde vært voldelig mot barna og at mor tror at risiko for skade ikke var aktuell hvis hun ble med tilbake til USA. På grunn av at slik risiko for skade ikke ville foreligge dersom mor ble med tilbake, kunne ikke retten se at unntaksbestemmelsen kom til anvendelse. Retten sa videre at dette også ville gjelde selv om mor ikke skulle følge med tilbake. Dersom det under denne forutsetning likevel skulle oppstå en uholdbar situasjon, vil barnevernet i Illinois kunne gripe inn på en måte som avverger skadevirkninger av betydning.

---

<sup>113</sup> Beaumont s. 142.

<sup>114</sup> LE-1992-00655.



### 5.2.2 Fysisk eller psykisk skade

#### *Fysisk skade*

Det blir sjelden funnet å foreligge slik alvorlig risiko for fysisk skade, at en nektelse av tilbakeføring blir hjemlet i denne bestemmelsen. Det er likevel en del eksempler på at bestemmelsen blir påberopt, selv om de altså sjelden får medhold.

En engelsk dom viser at tilbakeføring av barnet ikke nødvendigvis utsetter barnet for den påståtte skade. I *N. v. N.* fremsatte mor påstander om at far hadde begått seksuelle overgrep mot datteren.<sup>115</sup> Dommeren avviste påstanden om nektelse av retur med den begrunnelse at det ikke ville være fare for skade bare ved å tilbakeføre barnet til bostedslandet. En slik eventuell skade ville bare kunne skje dersom far hadde samvær med barna uten tilsyn. En mulig risiko for datteren måtte undersøkes og prosederes i den påfølgende omsorgssaken. I mellomtiden skulle barnet ha beskyttelse i Australia, noe som ble tilbudt mor. Dommen beordret henne å returnere til Australia med barnet, ikke til å flytte sammen med far. For å poengtere unntaksbestemmelsens snevre virkeområde uttaler retten at selv om mor hadde fått medhold i at returen isolert sett kunne innebære en risiko for psykisk skade for barnet, ville domstolen ikke ha benyttet sin diskresjonære myndighet til å nekte tilbakeførsel. Dette begrunnes i flere forhold. Mor hadde selv i utgangspunktet utsatt barnet for psykiske påkjenninger ved å ta barnet med til England. Dessuten var det altså tiltak som kunne settes i verk for å forhindre eventuelle skader i bostedslandet før foreldreansvarssaken kom opp. Videre var en tilbakeføring i tråd med konvensjonens formål om rask tilbakeføring.

I saken *Re. M.* forelå sterke bevis for at barnet var blitt utsatt for fysisk mishandling.<sup>116</sup> Dette hadde imidlertid funnet sted fire år tidligere og mor hadde som en følge av dette satt i gang tiltak for å beskytte barnet. Hun hadde flyttet fra far og tillot ham bare samvær under tilsyn. Da forhåndsregler var tatt og iverksatt, fant ikke retten at vilkåret om alvorlig risiko for fysisk skade var oppfylt.

---

<sup>115</sup> Se note 109.

<sup>116</sup> *Re M. (Abduction: Acquiescence)* [1996] 1 FLR 314. Hentet fra Beaumont s. 143.

En far hadde i saken *Re S.* tatt datteren med på ferie til England.<sup>117</sup> Her forteller datteren om seksuelle tilnærmelser fra morens nye partner. Far nektet å returnere til Sverige med barnet. Påstandene om seksuelt misbruk oppfylte ikke kravet i unntaksbestemmelsen. Retten uttalte i forbindelse med dette at svenske myndigheter var blitt varslet om saken og hadde satt i verk tiltak for å beskytte barnet når hun returnerte. Hun ville bli plassert i midlertidig hjem sammen med moren. Det ble videre lagt vekt på at moren hadde brutt med den tidligere samboer. Selv om far i realiteten her påstod nødrettsbetraktninger for å holde datteren tilbake i England, viser altså dommen at disse har ingen plass under unntaksbestemmelsen i art. 13 (1) b).

Norske domstoler følger opp unntaksbestemmelsens strenge tolkning. I Rt. 1997 s. 1051 ble det ikke funnet bevist at faren hadde gjort seg skyldig i incest overfor datteren. Heller ikke var det tilstrekkelig grunnlag for mistanke om at de skader datteren hevdes å være påført, skyldes overgrep fra far. Høyesterett sluttet seg til lagmannsretten, da den fant at unntaksbestemmelsen i barnebortføringsloven § 12 b) ikke var oppfylt.

#### *Psykisk skade*

Det er langt flere påberopelser av alvorlig risiko for psykisk skade enn for fysisk skade. Det er likevel få saker hvor dette blir gitt medhold.

En engelsk dom som klart gir uttrykk for hvor grensene går for hva bortfører kan påberope seg er *Re C.*<sup>118</sup> Mor påstod at barnet ville påføres alvorlig risiko for psykisk skade dersom det måtte returnere til bostedslandet uten henne. Retten avviser dette kontant, da risikoen for dette ikke skyldes selve tilbakeføringen, men at mor nekter å følge med barnet tilbake. Det ville være meningsløst dersom bortføreren skulle få medhold i anvendelsen av unntaksregelen, bare ved å nekte å være med barnet tilbake. Dette er ikke vanskelig å gi sin tilslutning. En engelsk dommer sier i en mye gjengitt uttalelse: "Is a parent to create the psychological situation, and then rely on it? If the grave risk of psychological harm to a child is to be inflicted by the conduct of the parent who abducted him, then it would be relied upon by every mother of a young child who removed him out of the jurisdiction and

---

<sup>117</sup> *Re S.* (Abduction: Return into Care), High Court (England), 9 December 1998, [1999] 1 FLR 843.

<sup>118</sup> *Re C.* (A Minor) (Abduction) [1989] 1 F.L.R. 403. Hentet fra Davis s. 25.

refused to return. It would drive a coach and four through the convention, at least in respect of applications relating to young children”.<sup>119</sup>

Etter anke fikk far medhold i at barna på 7 ½ og 9 år skulle tilbakeføres til USA.<sup>120</sup> Retten gjengir vilkårene for unntaksbestemmelsen. Det må foreligge klare og sikre bevis på alvorlig risiko for skade eller annen situasjon som ikke kan godtas. Risikoen må være betydelig, ikke triviell. Den psykiske skade må være mer alvorlig enn de negative følelsesmessige belastninger som et oppbrudd og en uønsket retur til bostedslandet vil medføre. Retten påpekte videre at domstolen i USA kunne sette i verk ulike tiltak for å beskytte barnet fra eventuelle psykiske skader før saken kom opp. Dommeren påpekte også en feil i underrettssaken, da dommeren her hadde lagt for mye vekt på at barnas stefar av immigrasjonshensyn ikke kunne være med mor og barn tilbake til USA. Det ble uttalt at moren og stefaren var klar over dette potensielle problemet idet de bortførte barna til England. De hadde selv skapt denne situasjonen og kunne ikke da regne med å bli hørt med dette.

I saken *Re L.* fikk ikke mor medhold i nektelse av tilbakelevering selv om det forelå sakkyndige rapporter som sa at barnet ville bli utsatt for alvorlig risiko for psykisk skade ved tilbakeføring til far i USA.<sup>121</sup> Retten mente at dette ikke var tilstrekkelig bevist. Videre hadde far gått med på flere vilkår for å sikre barnets retur. Han skulle sørge for å få foreldreansvarssaken opp for rett verneting i USA, samt betale returen fra England for mor og barn. Saken ble senere anket og mor fikk medhold i anken (1996), da far ikke imøtekom sine forpliktelser.

Et eksempel på at barnets reaksjoner mot tilbakeføring ble avgjørende har vi i saken *Re F.*<sup>122</sup> Det var påstander mot far om mishandling og truende oppførsel. Dette hadde hatt en alvorlig effekt på en fire år gammel gutt, i form av sengevæting, mareritt og aggressiv

---

<sup>119</sup> Beaumont s. 146.

<sup>120</sup> *Re C.* (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm), Court of Appeal (England), 12 February 1999, [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371.

<sup>121</sup> *Re L.* (Child Abduction) (Psychological Harm), High Court (England), 24 February 1993, [1993] 2 FLR 401.

<sup>122</sup> *Re F.* (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam. 224. Hentet fra Beaumont s. 150.

oppførsel. Reaksjonsmønsteret stanset når mor tok gutten med til sine foreldre i Wales. Ved snakk om retur til bostedslandet fikk han tilbake reaksjonene. Retten fant at unntaksbestemmelsen i art. 13 (1) b) var oppfylt. Dette skyldtes ikke fars handlinger i seg selv, men guttens reaksjoner på en eventuell tilbakeføring. Slik oppførsel kan ikke ”be coached” på samme måte som et barn kan bli påvirket til verbalt å protestere mot retur.

Det er få avgjørelser hvor unntaksbestemmelsen er oppfylt og tilbakeføring nektes. I *Re G.* holdt mor tre barn i alderen 1 -3 år tilbake i England.<sup>123</sup> Far krevet tilbakeføring til USA. Mor ble ansett som hovedomsorgsperson, da barna var fysisk og psykisk avhengig av henne. Mor hevdet at en retur ville forverre hennes mentale tilstand og at dette ville medføre alvorlig risiko for barna. Det ble bekreftet av flere medisinske og psykiatriske sakkyndige at mor led av en ganske alvorlig tilbakevendende depresjon. Dommeren aksepterte at mors tilstand ville forverres dersom retur ble beordret og at dette ville utgjøre en alvorlig risiko for barna. Dette er en spesiell sak og blir ansett for unntaket som bekrefter regelen om snever tolkning av unntaksbestemmelsen.<sup>124</sup>

I andre saker er det ved nektelse av tilbakelevering lagt avgjørende vekt på fars forhold. I en sak innrømmet han ikke å ha utøvet vold mot familien til tross for at det ble ansett bevist. Et annet tilfelle var at far ikke aksepterte at barna hadde psykiske problemer.

### 5.2.3 Annen situasjon som ikke kan godtas

Mottiltak i bostedsstaten eller vilkår godtatt av den gjenværende, kan være tilstrekkelig for å unngå situasjoner som utsetter barnet for vanskeligheter. I saken *Re M.* fastholdt mor at en retur til Norge ville sette hennes liv i fare, fordi hun gjentatte ganger hadde blitt truet av barnefaren.<sup>125</sup> Han hadde kriminell bakgrunn. Dette ville medføre en alvorlig risiko for en situasjon som ikke kan godtas for barna. Dommeren mente at mor viste en genuin redsel for å reise tilbake til Norge. Likevel ble det vektlagt at hun ikke hadde handlet på denne redselen tidligere ved å informere/anmelde forholdet til de rette norske myndigheter.

---

<sup>123</sup> *Re G.* (Abduction: Psychological Harm), High Court (England), 15 July 1994, [1995] 1 FLR 64, [1995] Fam Law 116.

<sup>124</sup> Beaumont s. 147.

<sup>125</sup> *Re M.* (Abduction: Intolerable Situation), High Court (England), [2000] 1 FLR 930.

Det avgjørende var allikevel de tiltak norske domstoler og myndigheter kunne iverksette for å beskytte mor og barn ved retur. Far hadde også gått med på ulike vilkår. De strenge vilkårene i art. 13 (1) b) var ikke oppfylt.

Et eksempel på at søsken ikke skilles har vi i *B. v. K.*<sup>126</sup> De to eldste barna var 9 og 7 år, den yngstes alder er ikke oppgitt. Far krevet tilbakelevering til Tyskland. De to eldste barna ble hørt med sin mening om ikke å ville returnere til bostedslandet. Domstolen utøvet sin diskresjonære myndighet ved ikke å tilbakeføre den yngste, da atskillelsen ville utsette ham for en uholdbar situasjon.

Det er i flere saker anført at barnet får en dårligere levestandard ved tilbakeføring og at dette representerer en situasjon som ikke kan godtas. Dette er et argument som ikke blir vektlagt, som i saken *Re M.*<sup>127</sup> Far krevet tilbakelevert to små barn fra England. Mor ble ikke hørt med argumentet om dårligere økonomiske vilkår i Israel. Det var tilstrekkelige midler til å underholde familien til foreldreansvarssaken kom opp. Selv om familien ble tvunget til å leve på sosialhjelp i denne perioden, representerte ikke dette en situasjon som ikke kunne godtas.

Det må kreves at en tilbakeføring vil være klart uheldig for barnet, og at det foreligger en relativt klar sannsynlighetsovervekt for dette, jfr. Rt. 1993 s. 881. I denne sak ble det ansett at tilbakelevering av barna til far i Frankrike med relativt klar sannsynlighetsovervekt ville føre til en situasjon for barna som ikke kan godtas, jfr. bfl. § 12 b) annet alternativ. Det er flere dommer som gir uttrykk for samme syn.

Lagmannsretten gir i saken LH-1999-00252 mor medhold i at sønnen ikke skal tilbakeleveres. Mor hadde tatt sønnen på 3 ½ år med til Norge og far krevet tilbakelevering til Finland. Retten la til grunn at moren hadde vært sønnens hovedomsorgsperson og at han var nærmest knyttet til henne. Han ville oppleve det negativt å bli skilt fra henne. Det heftet stor usikkerhet med hvilket omsorgstilbud far kunne gi sønnen i Finland. Det ble lagt betydelig vekt på at den finske domstolen som skulle avgjøre spørsmålet om hvor gutten

---

<sup>126</sup> *B. v. K. (Child Abduction)*, High Court (England), [1993] 1 FCR 382, [1993] Fam Law 17.

<sup>127</sup> *Re M. (Abduction: Undertakings)*, Court of Appeal (England), [1995] 1 FLR 1021.

skulle bo, hadde truffet midlertidig avgjørelse om at gutten skulle forbli hos moren inntil endelig avgjørelse foreligger.

Utgangspunktet er at vurderingen av barnets beste forutsettes å være foretatt i det landet der omsorgsspørsmålet avgjøres, jfr. uttalelser i Rt. 1997 s. 1879. Det var ikke tilstrekkelig for å nekte tilbakeføring at barnet hadde sterk tilknytning til Norge og at engelske språkkunnskaper var fraværende.

### 5.3 Sammenfatning om norsk og engelsk rettspraksis

Domstolene har i praksis fulgt opp direktivene om ikke å foreta en barnets beste-vurdering i avgjørelsene etter unntaksbestemmelsene. Noen domstoler har av og til grepet feil. De har anvendt sin diskresjonære myndighet ved å nekte tilbakelevering etter en barnets beste-vurdering.<sup>128</sup> Dette er i realiteten en avgjørelse av foreldreansvarssaken og utenfor konvensjonens område. Domstolene skal etter Haagkonvensjonen kun avgjøre et tilbakeleveringskrav. Avgjørelse i foreldreansvarssaken er bostedslandets jurisdiksjon. Etter art. 19 skal en avgjørelse om tilbakelevering ikke tolkes som en avgjørelse av realiteten i spørsmålet om retten til foreldreansvar.

Det er videre utvilsomt at det legges til grunn en streng praktisering av unntaksbestemmelsen art. 13 (1) b) i tråd med konvensjonens formål og retningslinjer. I *Re S.* hadde retten generelle tolkningsuttalelser om unntaksbestemmelsen.<sup>129</sup> Det ble uttalt at det kreves svært mye for å bevise at det foreligger en alvorlig risiko for skade. Dessuten skal ikke domstolene foreta en konkret barnets beste-vurdering i disse tilfellene

Norsk og engelsk rettspraksis er i det alt vesentlige sammenfallende. Dette gjelder med unntak av manglende retningslinjer i engelsk rett for å innhente barnets mening på eget initiativ, se pkt. 5.1.6. Engelsk og norsk rettspraksis blir derfor divergerende på dette punkt. Norsk rettspraksis er i tråd med Barnekonvensjonens art. 12.

Engelsk rettspraksis er ikke i samsvar med Barnekonvensjonen art. 12 fordi domstolene ikke hører barnets mening av eget tiltak. Det er sakens parter, fortrinnsvis bortfører som

---

<sup>128</sup> Kvisberg s. 130.

<sup>129</sup> *Re S. (A Minor)*, High Court (England), 20 August 1996, transcript; *The Independent*, 14 October 1996.

må påberope seg at barnet skal bli hørt. Selv om dette blir påberopt, har domstolen likevel ingen plikt til å høre barnet. Om dette skal gjøres, faller inn under dommerens diskresjonære myndighet. For å være i samsvar med Barnekonvensjonen bør domstolen legge større vekt på å høre hva barnet har å si. Dette bør gjøres før behandlingen av tilbakeleveringskravet. Dette kan skje direkte for retten eller indirekte via en sakkyndig. Bare ved at alle barn som er i stand til å danne seg synspunkter blir hørt i saker etter konvensjonen, vil praktiseringen være i samsvar med Barnekonvensjonen. Hvilken vekt det til slutt legges på barnets utsagn, er opp til dommeren i den enkelte sak.

Rettsenhet er som nevnt et av hovedformålene når internasjonale konvensjoner inngås. Med konvensjonens retningslinjer og formål i tankene ved tolkningen og praktiseringen, samt et øye til andre konvensjonsstaters praksis, synes tilnærmet rettsenhet å bli resultatet.

## **6 Saker etter Haagkonvensjonen prøvet i forhold til Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon**

Inntil utgangen av 1999 har seks saker på bakgrunn av Haagkonvensjonen om barnebortføring blitt prøvet i forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon. Tre av disse sakene var mot Norge.<sup>130</sup> Fem av sakene ble behandlet av Kommissjonen (silingsinstans for Domstolen) uten å få medhold om at det forelå en menneskerettighetskrenkelse.<sup>131</sup> Det var EMK art. 6 (rettferdig rettergang) og art. 8 (respekt for familieliv) som sto i sentrum for behandlingen. Da Haagkonvensjonens formål er å gjenopprette en faktisk tilstand omhandler ikke dette ”borgerlige rettigheter og plikter”, slik vilkåret er etter EMK art. 6. Kommissjonen anså heller ikke de konkrete sakene å være i strid med EMK art. 8. Den sjette saken ble ført for Domstolen, men uten å få medhold. Disse sakene viser at det åpenbart vil være meget vanskelig å nå frem på grunnlag av EMK.

---

<sup>130</sup> Thue s. 476.

<sup>131</sup> Europarådet vedtok i 1992 en domstolsreform, protokoll 11, hvoretter kommissjonen og EMD skal avløses av en fulltids domstol.



## **7 Diskusjonen om barnets beste-vurderingen etter Haagkonvensjonen**

### **7.1 Tar konvensjonen tilstrekkelig hensyn til barnets beste?**

Avveiningen mellom muligheten for større vektleggelse av hensynet til barnets beste og konvensjonens effektivitet var grunnlaget for striden om en ”sterk” og ”svak” konvensjon.<sup>132</sup>

Konvensjonens tekst er en kompromissløsning og inneholder ikke selv noen referanser til en barnets beste-vurdering utover dens formål, nemlig å sikre en rask tilbakelevering av barn som er ulovlig bortført eller tilbakeholdt. Underforstått er det i barnets interesse å bli tilbakeført til bostedsstaten. Selv om konvensjonen er taus på dette punkt, innebærer ikke dette at den overser prinsippet om at det skal ta hensyn til barns interesser i alle saker og avgjørelser som angår dem.<sup>133</sup> Dette er altså en retningslinje ved tolkningen og anvendelsen av Haagkonvensjonen, jfr. preambelen. Spørsmålet blir om hensynet til konvensjonens effektivitet i noen tilfelle burde vike for en større vektleggelse av hva som er til barnets beste.

En må huske på at tilbakeføring til bostedslandet ikke er en definitiv løsning for barnet. Det er en midlertidig tilbakeføring inntil omsorgssaken avgjøres av domstolen. Det er lett ”å glemme” dette når en skal vurdere om konvensjonen tar tilstrekkelig hensyn til barnets beste. Derfor legges ikke en like omfattende barnets beste-vurdering til grunn, som det vil bli gjort i den endelige barnefordelingssaken. Til tross for dette er diskusjonen viktig, da det må sies å være til barnets beste å unngå slik flytting frem og tilbake i en situasjon som allerede er vanskelig.

---

<sup>132</sup> Se pkt. 5.1.4.

<sup>133</sup> Pérez-Vera s. 431.

Det er påpekt i Pérez-Vera rapporten at konvensjonens unntaksbestemmelser skal underlegges en streng tolkning for å sikre en effektiv konvensjon ved raskt å tilbakeføre barnet til bostedsstaten. Dette hensynet blir sterkt vektlagt i praksis og unntaksbestemmelsene blir bare i særlige tilfelle funnet å være oppfylt. Hensynet til effektivitet og forutberegnelighet går foran hensynet til barnets beste. Dette har selvfølgelig en preventiv effekt, som i siste instans kan være i barns interesser ved at barn ikke blir ulovlig bortført eller tilbakeholdt. Når bortfører vet at barnet blir tilbakeført, er det lite å hente på å forsøke å avgjøre foreldreansvarssaken på egen hånd ved å ta barnet med ut av landet. Det kan kanskje heller bli et moment i den endelige foreldreansvarssaken at bortfører utsatte barnet for en slik påkjenning.

Det kan i utgangspunktet settes spørsmålstegn ved om unntaket om alvorlig risiko for fysisk eller psykisk skade i art. 13 (1) b) er for strengt. Bevistema er ”alvorlig risiko”. Listen kan være lagt for høyt i avveiningen mot hensynet til barnets beste. Her kan barnet risikere å bli sendt tilbake til gjenværende fordi det ikke anses å foreligge en alvorlig risiko, men bare en risiko. En risiko for fysisk eller psykisk skade er en belastning for barnet. Her går hensynet til en effektiv konvensjon foran barnets beste. Dette er som sagt et utgangspunkt og et resultat av en isolert tolkning av bestemmelsen. I praksis unngås en slik risiko ved å treffe mottiltak i bostedslandet. Bortfører kan bli med tilbake, tilsynsordninger opprettes, overvåkede samværsordninger osv. Den gjenværende forelder kan også gå med på frivillige ordninger for å få barna hjem. Dette kan for eksempel være tilsyn ved samvær eller at han lar mor og barn få bo alene i deres tidligere felles hjem. Hovedhensikten med tilbakeføringen er å gi domstolen i bostedslandet jurisdiksjon i den endelige omsorgssaken.

FN Barnekonvensjon har i art. 3 en hovedbestemmelse om at det ved alle handlinger og avgjørelser som vedrører barn ”skal det først og fremst tas hensyn til hva som gavner barnet best”. Dr. Rhona Schuz hevder i en artikkel at Haagkonvensjonen ikke er i overensstemmelse med Barnekonvensjonen.<sup>134</sup> Hun mener at konvensjonen tar mer hensyn til foreldrenes rettigheter og barn generelt (prevensjonshensynet), enn det enkelte barns rettigheter. Dette er i strid med Barnekonvensjonen.

---

<sup>134</sup> Dr. Schuz: “The Hague child abduction convention and the United Nations convention on children’s rights.”

Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3 fastslår at barn har rett til kontakt med begge foreldrene. Dr. Schuz kritiserer Haagkonvensjonen blant annet ved at den prioriterer foreldrenes rett til foreldreansvar gjennom art. 13 (1) a).<sup>135</sup> Det blir ikke nevnt at barnet har rettigheter i forhold til å ha kontakt med begge foreldre. Dersom gjenværende samtykket i bortføringen, blir dette bestemmende for barnets kontakt med foreldrene. Foreldrenes rettigheter går foran barnets rettigheter. Dr. Schuz har gått gjennom israelsk og engelsk rettspraksis og funnet at barnets rett til å ha kontakt med den gjenværende forelder ikke blir nevnt som en relevant faktor i skjønnsutøvelsen. Selv om denne vurderingen inngår i sekkebestemmelsen ”konvensjonens formål og prinsipper”, mener hun at det spesifikt bør uttrykkes at dette er vurdert. I de tilfellene hvor tilbakeføring ikke blir besluttet, mener hun det bør uttrykkelig nevnes at barnets rett til kontakt med den gjenværende må vike for barnets rett til velferd. På denne måten blir det tilkjennegitt at barnets rettigheter blir vektlagt og man unngår brudd på Barnekonvensjonen.

Det er viktig å anerkjenne barnet som selvstendig individ, med selvstendige meninger og rettigheter, jfr. Barnekonvensjonen. Det er stadig større fokus på barns menneskerettigheter. Både i barnebortføringssaker og omsorgssaker er det viktig ikke å anse barn som ”foreldrenes eiendom”. I begge disse typer saker kan foreldre bruke barn som et middel i konflikten seg i mellom. Det er da særdeles viktig å høre barnets mening, fordi dette omhandler saker som har dyptgående virkning for dem. Som nevnt har verken Haagkonvensjonen eller Barnekonvensjonen fastsatt noen nedre aldersgrenser for hvilke barn som bør høres. Om et barn skal høres ligger innenfor domstolens skjønnsmyndighet. Jeg mener at en fastsettelse av en nedre aldersgrense ville fremme barns rettigheter ved at flere ville bli hørt. Det forutsettes at administrativ og juridisk myndighet hører barnet av eget tiltak, se pkt. 5.3. Fordelen ved en nedre aldersgrense, eksempelvis 7 år, er at dette vil sikre at alle barn fra 7 år vil bli hørt. Likebehandling vil bli oppnådd. Barn høres og vektlegges etter modenhet og forståelse. Det at ingen aldersgrense er fastsatt, vil lett kunne føre til forskjellsbehandling og ulik praksis, både innen en konvensjonsstat og mellom konvensjonsstatene. Det må imidlertid påpekes at barnet skal ha en rett, men ingen plikt til å uttale seg. Det må poengteres overfor barnet at dette anses som et innspill og en mulighet til å kunne si sin mening, ikke at barnet skal ta noen avgjørelse i tvisten mellom foreldrene.

---

<sup>135</sup> Dr. Schuz s. 15-16.

Det ble i en engelsk dom sagt at dommerens diskresjonære myndighet med hensyn til om barnet skulle høres, var med på å forhindre at barnets mening ble påberopt for å forhale saken av taktiske grunner. Det er selvfølgelig viktig at irregulære forsinkelser ikke skjer, men dette målet bør ikke oppnås på bekostning av barnets rett til å bli hørt. Etter Barnekonvensjonen art. 12 skal alle barn som kan danne seg en mening ha rett til å uttrykke denne. Dr. Schuz påpeker også den mangelfulle praksis ved å høre barns mening. Dette skal praktiseres på domstolens initiativ og i samtale med barnet.

Tilbakeføring er en midlertidig avgjørelse og hensynet til en effektiv og forutberegnelig konvensjon er viktig. Konvensjonsstatene er mange og svært ulike og det er derfor viktig å følge konvensjonens overordnede prinsipper, blant annet ved en streng fortolkning av unntaksbestemmelsene. Jeg mener det er viktigere å fremme internasjonal bekjempelse av barnebortføring enn at hensynet til barnets beste blir praktisert like strengt i tilbakeleveringssakene. Barnets beste-hensynet blir ivaretatt i omsorgssaken i bostedslandet. En ”svak” konvensjon ville ikke være like effektiv, fordi statene ville fått større skjønnsmyndighet.

## Litteraturliste

### Lover

- 1977 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettens område av 10. juni 1977 nr. 71 (1977-loven).
- 1981 Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (barneloven).
- 1988 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn av 8. juli 1988 nr. 72 (barnebortføringsloven).
- 1988 Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådkonvensjonen og Haagkonvensjonen av 8. juli 1988 nr. 73 (ratifikasjonsloven).
- 1992 Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven).

### Konvensjoner

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll av 6. feb. 1931.

*Norsk tittel:* Den nordiske familierettskonvensjon.

Europeisk konvensjon av 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar.

*Norsk tittel:* Europarådkonvensjonen.

Konvensjon av 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring.

*Norsk tittel:* Haagkonvensjonen om barnebortføring.

Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988.

*Norsk tittel:* Luganokonvensjonen.

FN's konvensjon om barnets rettigheter. Vedtatt av De Forente Nasjoner den 20. november 1989. Ratifisert av Norge den 8. januar 1991.

*Norsk tittel:* Barnekonvensjonen.

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr. 52 (1987-88) om A) Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m.v. og om tilbakelevering av barn B) Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådkonvensjonen 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelse om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar og Haagkonvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring.

Pérez-Vera, Elisa. Explanatory Report. Actes et documents: Publikasjon fra Haag-konferansen om internasjonal privatrett, den 14. sesjon. Madrid, April 1981.

## **Etterarbeider**

Rundskrivet – Justisdepartementets rundskriv G-136/91 om Europakonvensjonen og Haagkonvensjonen om barnebortføring. 22.10.1991.

## **Litteratur**

Aall, Jørgen. *Folkerett*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 11. utgave. Oslo 1998.

Backer, Inge Lorange. *Barneloven. Kommentarutgave*. Oslo, 1982.

Beaumont, Paul R. *The Hague Convention on International Child Abduction*.

Paul R. Beaumont, Peter E. McEleavy. Oxford, England 1999.

Bruzelius, Karin M. *Internasjonal privat-og prosessrett*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 11. utgave. Oslo 1998.

Davis, Sandra. *International Child Abduction*. Sandra Davis, Jeremy Rosenblatt, Tanya Galbraith. London, 1993.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 1997.

Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 6. utgave. Oslo 1994.

Holgersen, Gudrun. *Barnet og Loven*. Gudrun Holgersen, Marianne Tellefsen. Oslo, 1999.

Kvisberg, Torunn E. *Internasjonal barnebortføring*. Oslo, 1994.

Ruud, Morten. *Utvalgte emner i folkerett*. Morten Ruud, Geir Ulfstein, Ole Kristian Fauchald. Oslo 1997.

Schuz, Rhona Dr., Sha'rei Mishpat Law School and Bar Ilan University, Israel.

"*The Hague Child Abduction Convention and the United Nations Convention on Children's Rights*". 2002.

Smith, Lucy. *Barn og Foreldre*. Lucy Smith, Peter Lødrup. 5. utgave, Oslo 1999.

Steenberg, Knut R. *Barnebortføringsloven 8. juli 1988 nr. 72*. I: Karnov, s. 1895-1897.

Thue, Helge J. *Internasjonal privatrett*. Oslo 2002.

## **Domsregister**

### **Norsk Retstidende (Rt)**

Rt. 1993 s. 881

Rt. 1993 s. 1082

Rt. 1993 s. 1144

Rt. 1997 s. 1051

Rt. 1997 s. 1879

### **Upubliserte dommer**

Kjennelse 14. desember 1989. Oslo namsrett.

LE-1992-00655 [Lovdata online]. Eidsivating lagmannsrett. Kjennelse. 1992-04-30.

LG-1995-00931 [Lovdata online]. Gulating lagmannsrett. Kjennelse. 1995-09-22.

LG-1997-00623 [Lovdata online]. Gulating lagmannsrett. Kjennelse. 1997-12-19.

LH-1999-00252 [Lovdata online]. Hålogaland lagmannsrett. Kjennelse. 1999-04-14.

HR-2001-01101 [Lovdata online]. Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjennelse. 2001-09-04.

### **Engelske dommer**

B. v. K. (Child Abduction), High Court (England), [1993] 1 FCR 382, [1993] Fam Law 17.

C v. S (Minor: Abduction: illegitimate child) [1990] 2 A.C. 562.

In Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence), High Court (England),

14 February 1997, [1997] 1 FLR 924, [1997] Fam Law 469.

In Re P. (G.E.) (An Infant) [1965] Ch. 568 at 585.

N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence), High Court (England), 6 June 1994, [1995]

1 FLR 107.

Re A (Minors) (Abduction: Custody Right) [1992] 2 W.L.R. 536, C.A.

Re A. (A Minor) (Abduction) (1988) 18 Fam.Law 55; [1988] 1 F.L.R. 365.

Re A. (A Minor)(Abduction) [1988] 1 FLR 365.

Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction), High Court, 30 October 1992, [1993] 1 FLR 979.

Re C. (A Minor) (Abduction) [1989] 1 F.L.R. 403.



Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm), Court of Appeal (England),  
12 February 1999, [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371.

Re F. (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam. 224.

Re G. (A Minor)(Abduction), [1989] 2 FLR 475.

Re G. (Abduction: Psychological Harm), High Court (England), 15 July 1994, [1995]  
1 FLR 64, [1995] Fam Law 116.

Re H (Abduction: Child of 16), High Court (England), 14 February 2000,  
[2000] 2 FLR 51; [2000] 3 FCR 404; [2000] Fam Law 530.

Re H.B. (Abduction: Children's Objections). High Court (England). [1997] 1 FLR 392.

Re K. (Abduction: Consent) [1997] 2 FLR 212.

Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm), High Court (England), 24 February 1993,  
[1993] 2 FLR 401.

Re M. (A Minor)(Child Abduction) [1994] 1 FLR 390.

Re M. (Abduction: Acquiescence) [1996] 1 FLR 314.

Re M. (Abduction: Intolerable Situation), High Court (England), [2000] 1 FLR 930.

Re M. (Abduction: Undertakings), Court of Appeal (England), [1995] 1 FLR 1021.

Re Novak (Minors) December 4, 1990.

Re S. (A Minor), High Court (England), 20 August 1996, transcript; The Independent,  
14 October 1996.

Re S. (Abduction: Return into Care), High Court (England), 9 December 1998,  
[1999] 1 FLR 843.